

CONTINENTALISATION

Cahier de recherche 01-09

Septembre 2001

GLOBALISATION, INVESTISSEMENTS ET CONCURRENCE LA VOIE DU RÉGIONALISME : LE PROJET DES AMÉRIQUES

Christian Deblock, Dorval Brunelle et Michèle Rioux



Groupe de recherche sur l'intégration continentale
Université du Québec à Montréal
Département de science politique
C.P. 8888, succ. Centre-Ville, Montréal, H3C 3P8

<http://www.unites.uqam.ca/gric>

CENTRE ÉTUDES INTERNATIONALES ET MONDIALISATION

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur-e et ne reflètent pas nécessairement ceux du Groupe de recherche sur l'intégration continentale (GRIC) ou des membres du Centre Études internationales et Mondialisation (CEIM)

Globalisation, investissements et concurrence

La voie du régionalisme : le projet des Amériques

Christian Deblock, Dorval Brunelle et Michèle Rioux*

C'est sur un compromis que le nouvel ordre économique international fut construit : la souveraineté des États et leur droit d'intervention étaient reconnus sur le plan économique mais, au niveau international par contre, l'exercice de ce droit se trouvait subordonné à la reconnaissance juridique de deux principes, l'égalité de traitement et la liberté de commercer. Comme le souligne Graz, ce compromis marque la première véritable tentative de concilier, sur une très large échelle, libéralisme et interventionnisme, d'une part, multilatéralisme et autonomie nationale, d'autre part. On peut également dire, avec Ruggie¹, que le libéralisme était « encastré » mais cet encastrement était national et, de surcroît, le compromis était fragile. Non pas tant parce que l'action des États était désormais soumise aux engagements souscrits sur la scène internationale, mais plutôt parce que, pour la première fois, la liberté de commercer prenait forme de droit dans les relations économiques entre les États. Toujours est-il que, pendant trois décennies, les entreprises furent soumises à des contrôles, règles et autres prescriptions de résultats qui, sans totalement freiner leur transnationalisation, les ont privées de la marge de manœuvre souhaitée pour organiser leurs activités sur une échelle planétaire.

Quelque cinquante ans plus tard, le libéralisme a été « désencastré » et les marchés ont retrouvé toute leur autonomie, avec comme résultat que, si le dynamisme et la force d'expansion économique s'en trouvent certainement accrus, il existe, par contre, de moins en moins de mécanismes, à l'interne, en mesure de garantir la régulation économique, de préserver la cohésion sociale et de réduire les inégalités. Toutefois, la généralisation du principe concurrentiel qui a suivi a fait surgir de nouveaux enjeux normatifs qui dépassent la seule question du libre-

* Les auteurs remercient Rémi Bachand pour ses remarques et commentaires.

¹ John Gerard Ruggie, «International Regimes, Transactions, and Change : Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order», *International Organization*, Vol. 36, n° 2, printemps 1982, pp. 379-415.

échange. En effet, si les marchés nationaux sont aujourd'hui presque entièrement décloisonnés et que l'économie mondiale est plus intégrée que jamais, force est de constater qu'entreprises et gouvernements ont changé leurs stratégies. Alors que les premières, tirant parti de ce nouvel environnement, réorganisent leurs activités en fonction d'une concurrence devenue globale, les seconds, loin d'être des acteurs passifs de la globalisation, se sont de leur côté engagés dans des stratégies qui visent, elles aussi, à répondre aux exigences de ce nouvel environnement. En particulier, on observe que, pour les entreprises, la poursuite de l'efficacité passe de plus en plus par les voies d'une intégration en profondeur de leurs activités, tandis que, parallèlement, les États ont de plus en plus tendance à lier souveraineté avec compétitivité.

Les conséquences de ce double mouvement sont nombreuses, et, si les laudateurs de cette nouvelle économie globale performante et innovatrice ne manquent pas d'en souligner les effets heureux, on ne peut que s'interroger sur le décalage évident qui existe actuellement, à l'échelle internationale, entre des cadres normatifs qui relèvent d'une autre époque et les nouvelles pratiques d'acteurs qui découlent de la généralisation du principe de concurrence. Toutefois, si la nécessité de mettre en place de nouveaux cadres normatifs s'impose aux yeux de tous les observateurs, la difficulté d'y parvenir est d'autant plus grande que les firmes multinationales (FMN) demandent et obtiennent toujours plus de protection et de liberté dans la conduite de leurs activités, ce qui leur est d'autant plus facilement accordé que les États ont renoncé à contrôler les mouvements de capitaux, préférant plutôt opter pour des mesures favorables à leur promotion. Le second volet du problème vient du fait que la défense de compétitivité est devenue pour les États la plus haute des priorités, pour ne pas dire une « dangereuse obsession », comme a pu l'écrire Krugman², croissance se conjuguant désormais avec intégration compétitive dans l'économie mondiale.

La coopération économique internationale est ainsi confrontée à un double dilemme, que l'on peut résumer comme suit : 1) comment répondre aux demandes des entreprises, lesquelles sont orientées vers plus de protection et de liberté, ce qui favorise l'émergence de positions dominantes sur les marchés mondiaux et remet en question l'autonomie des États ; et 2) comment réglementer la

concurrence systémique entre les États avec le lot d'inégalités qui l'accompagne³, laquelle résulte d'une défense de souveraineté qui passerait désormais par la voie obligée d'une intégration compétitive à l'économie mondiale ? C'est à ce dilemme que sont aujourd'hui confrontées les institutions internationales, celles qui existent et celles qui sont en train d'émerger.

Rien n'est bien clair encore pour le moment quant à la forme que prendra la régulation de l'économie mondiale, sinon que, premièrement, les processus actuels ont fait éclater l'espace de régulation nationale, que, deuxièmement, les jeux de la concurrence ne se font pas seulement d'entreprise à entreprise, mais également d'État à État et d'État à entreprise, pour reprendre le triangle de la « nouvelle diplomatie commerciale » de Stopford, Strange et Henley, et que, troisièmement, le débat international se pose aujourd'hui dans des termes qui n'ont plus grand chose à voir avec ceux dans lesquels fut posée la reconstruction de l'ordre international, il y a cinquante ans dans la mesure où il ne s'agit plus tant d'ouvrir les marchés, d'éliminer le protectionnisme et de procéder, comme on le disait à l'époque, au « désarmement économique » des États⁴ que de gérer les risques systémiques que font surgir les stratégies d'acteurs⁵.

Si, pour des raisons multiples, la voie multilatérale, souvent qualifiée de « bicyclette », ne paraît guère très prometteuse dans l'immédiat, les voies bilatérale

² Lui-même partisan il y a quelques années d'un certain interventionnisme prudent, Krugman préfère aujourd'hui s'en tenir au libre-échange, une option de « second rang » qu'il considère néanmoins comme préférable à un interventionnisme dont les raisons et les effets sont toujours douteux.

³ Voir à ce sujet, Andrew Hurrell, Andrew, et Ngaire Woods, « Globalization and Inequality », *Millennium, Journal of International Studies*, vo. 24, no. 3, 1995, pp. 449-470 ; et Dani Rodrick, *Has Globalization gone too far ?*, Washington, Institute for International Economics, 1997.

⁴ James T. Shotwell, *La grande décision*, New York, Brentano's.

⁵ Nous préférons parler de concurrence systémique, et non pas, comme l'a proposé Sylvia Ostry, de « frictions systémiques ». Pour les partisans de la thèse de la convergence, l'émergence d'une société civile mondiale s'inscrirait dans la dynamique même de la globalisation, une dynamique qui s'inscrit elle-même dans la mouvance d'une intégration et d'une interpénétration toujours croissantes des espaces sociaux. Cette tendance serait d'autant plus forte que, d'une part, les communications, les technologies et les marchés réduisent les distances et les différences qui séparent et distinguent les sociétés, et que, d'autre part, les institutions civiles elles-mêmes évoluent vers un modèle universel fondé sur la démocratie, la reconnaissance des droits de la personne, et le marché concurrentiel. Vus sous cet angle, les problèmes que soulève la coexistence encore difficile des espaces nationaux au sein d'une économie mondiale de plus en plus homogène deviennent effectivement de simples problèmes de friction, autrement dit des problèmes qui trouveront d'autant plus rapidement une solution que les lois économiques seraient mieux comprises par les populations concernées et les gouvernements eux-mêmes.

et régionale offrent aux yeux de certains de nombreux avantages, dont celui de servir de laboratoire institutionnel et de créer ainsi des précédents qui serviront de levier à d'autres niveaux. Le problème, et il n'est pas nouveau, est que les accords commerciaux, de quelque nature qu'ils soient, ont toujours répondu davantage à des préoccupations stratégiques qu'à des préoccupations purement libre-échangistes comme le souhaiteraient les économistes. La situation actuelle ne fait pas exception. En effet, la prolifération des accords de tout genre depuis une vingtaine d'années ne doit pas faire illusion ; ce n'est pas l'engouement pour le libre-échange qui pousse les États à s'y engager, mais plutôt la préoccupation de trouver un juste milieu entre défense d'efficacité, d'un côté, et défense de compétitivité, de l'autre. À ce problème, vient s'en ajouter un second : il n'existe pas une, mais au moins deux approches pour résoudre le dilemme que nous évoquions plus haut. Ces deux approches s'inscrivent dans des traditions différentes en matière de coopération internationale, selon qu'il s'agit de privilégier l'intérêt commun et le droit ou bien, au contraire, l'autonomie des acteurs et les codes de conduite, privés ou publics. Enfin, troisième problème : par-delà la prolifération des accords, le régionalisme économique tend à se consolider autour de deux grands pôles pour le moment, l'Union européenne, d'un côté, et les États-Unis, de l'autre.

Nous nous proposons de reprendre, dans le cadre de cet article, le débat actuel sur la coopération économique internationale comme nous venons de le poser. Un regard rétrospectif sur l'évolution des politiques en matière d'investissement et des politiques de la concurrence nous permettra de replacer ce débat à la lumière des enjeux que soulève pour les États la généralisation du principe de concurrence. Suivra une troisième section dans laquelle nous reviendrons sur le dilemme de la coopération économique internationale et sur le régionalisme comme voie de solution possible. Nous prendrons comme cas d'étude le projet de Zone de libre-échange des Amériques.

DU CONTRÔLE À L'ATTRACTION DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS

1. Commerce et investissement dans l'ordre d'après-guerre

Dans la version finale de son plan de 1943 pour une Union internationale des paiements, Keynes considérait que le contrôle des mouvements de capitaux, à l'intérieur comme à l'extérieur, devait, pour des raisons de stabilité politique et financière, être « un trait permanent du système d'après-guerre »⁶. L'objectif n'était pas de mettre un terme aux investissements internationaux mais, de les faire contribuer au développement des économies nationales et de contrôler les mouvements spéculatifs à court terme. Toutefois, aucun régime international contraignant n'a pu être mis en place. Rien de concret n'est sorti des négociations bilatérales entre le Royaume-Uni et les États-Unis, qui ont précédé la signature des accords de Bretton Woods, ni de celles qui ont conduit à la signature de la Charte de la Havane en 1948⁷. La question du contrôle des mouvements de capitaux était controversée ; elle soulevait non seulement la question du droit de propriété et celle du droit des États de légiférer et de réglementer en ce domaine, mais aussi, à un autre niveau, la question des mandats respectifs du FMI et de la BIRD sur les marchés des changes et dans le financement du développement. En outre, si l'objectif d'établir un régime international sur les investissements et les flux de capitaux a pu être abordé, la manière d'y parvenir ne cadrerait pas avec les priorités des États-Unis, du moins pas de la façon dont leurs partenaires européens et sud-américains, notamment, entendaient alors engager le débat en question.

⁶ Section VII, points 32 à 33.

⁷ La Charte de la Havane comportait des dispositions concernant l'investissement étranger, notamment dans le chapitre 3 traitant du développement économique et de la reconstruction, dans lequel on retrouve des dispositions sur l'admission et le traitement de l'investissement. Ce chapitre a été rédigé pour tenir compte des demandes des pays en développement et des pays européens ; les dispositions visent moins à protéger l'investissement et l'investisseur qu'à autoriser les États membres à prendre les mesures appropriées pour assurer que les investissements étrangers ne soient pas la cause d'une ingérence dans leurs affaires intérieures ou dans leur politique nationale et pour que, sans que ceux-ci ne fassent l'objet d'une quelconque forme de discrimination de leur part, les investissements étrangers répondent avant tout aux besoins du pays en matière de développement. Il ne faut donc pas se méprendre sur le sens de ces dispositions, ce que fait l'OMC dans le rapport de 1996 qu'elle consacre à cette question.

L'absence de consensus et le vide institutionnel qui en a résulté ont fait de l'investissement international une zone grise et laissé aux États toute marge de manœuvre pour établir les dispositions et les conditions d'entrée dans le pays d'accueil. Pour tous les pays, à l'exception notable des États-Unis, conserver un droit de regard sur les investissements étrangers, revenait à se donner les moyens de préserver leur indépendance économique et à compléter les politiques macro-économiques, alors orientées sur le plein-emploi, par des mesures à caractère plus structurel orientées vers l'industrie et les régions. La notion d'intérêt public sera ainsi considérablement élargie pour couvrir tout ce qui touchait de près ou de loin au domaine public (sécurité, achats publics, éducation, santé, transport, etc.), mais aussi tout ce qui présentait un caractère stratégique ou qui était d'intérêt national dans le domaine économique, comme l'électricité, les ressources naturelles, l'énergie, l'industrie lourde, la R & D, etc. Le contrôle national ne se limitait pas aux seuls investissements, mais était également étendu au personnel des entreprises, particulièrement au personnel dirigeant, aux sources d'approvisionnement et aux réseaux de distribution, ou encore au domaine scientifique⁸. Parallèlement, ce contrôle s'accompagnera de mesures visant à favoriser l'encastrement national de l'économie, une meilleure maîtrise des leviers économiques et, si possible, l'émergence de « champions nationaux ».

Pour les pays en développement, au souci d'indépendance économique nationale viendra s'ajouter une préoccupation spécifique. Dans le contexte des débats d'après-guerre sur l'échange inégal et la division Nord-Sud, il s'agissait alors de corriger un mal-développement dont les causes étaient alors imputées à la situation de dépendance qui découlaient, entre autres, du caractère extraverti de leur production, de la forte composante en ressources naturelles de leurs exportations ou encore de la présence d'entreprises multinationales jouissant sur leur territoire de rentes monopolistiques. Le débat sur les investissements

⁸ Ce contrôle passera par de multiples voies, notamment un renforcement du contrôle national et une limitation de la participation étrangère au capital dans les secteurs considérés comme prioritaires ou vitaux d'un point de vue économique, culturel ou stratégique ; la création de sociétés d'État, voire la nationalisation, soit dans les secteurs jugés prioritaires soit dans ceux où le marché semblait défaillant ; l'imposition de réglementations et de restrictions sectorielles et l'imposition de certaines exigences de résultats aux entreprises et aux investisseurs étrangers (achat, production et investissement sur place) ; et d'une manière générale, un contrôle direct ou indirect que ce soit sur les entrées de capitaux (fusions-absorptions, implantation et/ou localisation des nouveaux investissements) ou sur les sorties au titre des rapatriements des fonds ou des profits. Ces contrôles n'empêcheront pas les uns et les autres de chercher à

internationaux s'inscrivait dans ces pays dans le débat sur la substitution aux importations et le développement autocentré, mais aussi dans celui plus large sur le nouvel ordre économique international que les pays en développement appelaient de leurs vœux⁹. Destinées au départ à favoriser une industrialisation qui devait en bout de ligne permettre une intégration plus équilibrée dans l'économie mondiale, les politiques nationales auront au contraire pour effet d'accélérer la marginalisation des pays en développement au sein de l'économie mondiale et, sauf exceptions, de détourner l'IDE de ces derniers.

La situation qui prévalait alors était évidemment paradoxale puisque le GATT ne couvrait qu'une partie des relations économiques internationales, le seul commerce des marchandises en fait, et qu'un nombre relativement limité de pays, principalement les pays développés, en faisait partie. L'accès aux marchés internationaux restait donc limité et de larges pans de l'économie mondiale demeuraient, pour toutes sortes de raisons, quasiment inaccessibles aux opérateurs étrangers. D'un autre côté, à l'époque, compte tenu des préoccupations nationales et des frictions Nord-Sud, aucun accord international contraignant sur l'investissement n'était véritablement envisageable. Ou du moins, si accord il devait y avoir, il ne pouvait aller que dans deux directions, soit la reconnaissance des droits économiques des États, d'une part, et l'introduction de restrictions à l'application des droits des entreprises, d'autre part¹⁰. Mais dans ce cas, n'était-ce pas s'engager dans une voie dangereuse et tourner le dos aux principes d'ouverture

préserver l'image de pays qui se voulaient ouverts et accueillants aux investissements étrangers et ainsi tirer également parti du savoir-faire, des capitaux, des technologies, etc. que pouvaient apporter les FMN.

⁹ Dans la Déclaration relative à l'instauration d'un nouvel ordre économique international, les pays membres des Nations Unies faisaient état de « leur détermination à travailler d'urgence à l'instauration d'un Nouvel ordre économique international fondé sur l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération entre tous les États, indépendamment de leur système économique et social, qui corrigera les inégalités et rectifiera les injustices actuelles, permettra d'éliminer le fossé croissant entre les pays développés et les pays en voie de développement et assurera dans la paix et la justice aux générations présentes et futures un développement économique et social qui ira en s'accéléralant, (...)» (Stern, 1983, p. 3).

¹⁰ Il est intéressant de relever qu'il reviendra à la Chambre de commerce internationale de rédiger le premier code de conduite en matière d'investissement, en 1972. Intitulé *Guidelines for International Investment*, ce code avait pour principal objectif de protéger les IDE dans les pays en développement contre les nationalisations et de faire reconnaître par ces derniers le principe du traitement national. La Chambre dispose d'ailleurs d'une cour d'arbitrage pour régler les différends en la matière, et ce, depuis 1921. La Chambre joua également un rôle important dans l'adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dite Convention de New York. Celle-ci fut adoptée le 10 novembre 1958 et entra en vigueur le 7 juin 1959.

et de non-discrimination, les deux pierres d'assise du régime économique international d'après-guerre ?

Il était bien difficile d'en arriver à un accord international dans de telles conditions. En témoignera le fait que toutes les initiatives visant à sanctionner la reconnaissance des droits économiques et, dans sa mouvance, à imposer des codes de bonne conduite aux FMN¹¹, resteront surtout au niveau du discours, des bonnes intentions et des vœux pieux¹². Ainsi par exemple, après avoir adopté en 1974, non sans difficultés, la Déclaration accompagnée d'un Programme d'action en faveur de l'instauration d'un nouvel ordre économique international¹³, et plus difficilement encore, une Charte des droits et des devoirs économiques des États¹⁴, qui semblaient augurer d'une ère nouvelle après quelque vingt années de rapports souvent tendus entre pays riches et pays pauvres, les États membres des Nations Unies entreprendront, entre 1977 et 1983, des négociations en vue d'élaborer un code de bonne conduite relatif aux FMN, mais qui, finalement, ne mèneront nulle

¹¹ L'ECOSOC donnera des codes de conduite la définition suivante : « Le but de tout code de conduite est de réglementer la conduite des entités auxquelles il s'applique. La réglementation pourra être plus ou moins rigoureuse selon les objectifs particuliers recherchés et selon que ses auteurs seront ou non disposés à promulguer des règles spécifiques plutôt que des directives générales et à faire un effort résolu pour appliquer ces règles quel que soit leur caractère juridique officiel ». (Conseil Économique et Social des Nations Unies, *Sociétés transnationales : l'élaboration d'un code de conduite et les questions qu'elle soulève. Rapport du secrétariat*, New York, ONU, 1976, p. 12)

¹² Sur les débats, voir Brigitte Stern, *Un nouvel ordre économique international ?* Paris, Economica, 1983. Voir également, Werner J. Feld, *Multinational Corporations and U.N. politics. The Quest for Codes of Conduct*, New York, Pergamon Press, 1980 ; et, Geoffrey Hamilton, *Les entreprises multinationales : Effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les dossiers de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales (Genève), Paris, Presses Universitaires de France, 1984.

¹³ Le Programme d'action stipulait qu'afin de réglementer, limiter, contrôler et superviser les activités des transnationales, un code de conduite devait être rédigé et rencontrer les exigences suivantes : 1. interdire toute forme d'ingérence dans les affaires intérieures des pays hôtes et imposer aux FMN la reconnaissance des lois et règlements nationaux ; 2. réglementer les activités étrangères dans les pays d'accueil et contraindre celles-ci à se conformer aux plans et objectifs de développement de celui-ci ; 3. permettre les transferts technologiques et toute forme d'assistance à des conditions favorables et équitables ; 4. promouvoir le réinvestissement sur place des profits et régler le rapatriement des profits en tenant compte des intérêts légitimes des deux parties.

¹⁴ La Charte, adoptée le 12 décembre 1974, reconnaît, entre autres, aux États la totale souveraineté sur leurs richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.

part¹⁵. Ce constat doit cependant être nuancé puisque l'assemblée générale des Nations Unies a malgré tout adopté par consensus, le 15 décembre 1976, un règlement d'arbitrage¹⁶.

Au sein de l'Organisation internationale du travail (OIT), par contre, les pays membres parviendront à s'entendre en 1977 sur une Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et les politiques sociales¹⁷. De son côté, la CNUCED adoptera également, en 1980, un Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives¹⁸. Mais là encore, ces déclarations auront davantage valeur morale qu'impact. La seule à avoir eu une certaine portée fut la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales, accompagnée des Décisions portant le même titre, qui sera signée en 1976 par les pays membres de l'OCDE. Répondant partiellement aux revendications des pays en développement, le Code, rédigé très rapidement d'ailleurs, visait surtout à contrer

¹⁵ Une résolution avait été adoptée en juillet 1972 par le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) à l'effet de rédiger un code de conduite des multinationales afin de mieux contrôler leurs activités. Une Commission sur les firmes transnationales sera mise en place à l'automne 1974 et placée sous le mandat de l'ECOSOC. Un centre de recherche sur les firmes transnationales sera également créé en novembre 1975. Plusieurs ébauches de code et documents de travail seront discutés à l'intérieur de la Commission, mais sans que les points de vue puissent converger. Les points de litige entre le Groupe des 77 et les pays industrialisés étaient nombreux. Ils portaient, entre autres, sur la définition de la notion de FMN, sur le caractère obligatoire ou volontaire du code, sur l'imposition autoritaire de règles aux FMN ou sur la participation de celles-ci à la rédaction, sur l'étendue des droits économiques des États, sur le traitement et la protection à accorder aux entreprises étrangères, etc.

¹⁶ Créée en 1966, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a pour mandat de faciliter le commerce international et d'harmoniser les législations nationales. Le mécanisme de règlement des différends de la CNUDCI ne se différencie guère de celui de la Chambre de commerce internationale et de celui du Centre international pour le règlement des différends de la Banque mondiale. Voir à ce sujet, Rémi Bachand, dans *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements. L'ALÉNA comme modèle ?*, Montréal, GRIC, février 2000, <http://www.unites.uqam.ca/gric>.

¹⁷ La Déclaration sera volontaire, une exigence des entreprises, et, tout comme celle de l'OCDE, elle encourageait les multinationales « à contribuer positivement au progrès économique et social, ainsi qu'à minimiser et à résoudre les difficultés que leurs opérations peuvent susciter ». Elle reconnaît également le principe du traitement national.

¹⁸ Le Code s'adresse principalement aux pratiques anti-concurrentielles comme la corruption, la contrebande, la criminalité, etc. Il répondra surtout aux attentes des États-Unis et, dans une certaine mesure, il préfigure le Code anti-corruption qui sera adopté quelque vingt années plus tard par les pays membres de l'OCDE. Les négociations en vue d'établir un code international de conduite pour le transfert de technologie n'aboutiront pas, par contre. Celles-ci buteront sur la question de principe qui est de savoir si la technologie est un bien public ou un bien privé.

les efforts des Nations Unies, à empêcher que ne soient mis en place des codes plus contraignants et à favoriser la coopération en matière de réglementation de l'investissement entre les pays membres¹⁹. Quelque vingt années plus tard, on retrouvera cette charte de bonne conduite en annexe au projet d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), en réponse cette fois aux critiques de la société civile.

Par contre, les choses n'évolueront guère non plus lorsqu'il s'agira d'engager les États dans la voie de la libéralisation des mouvements de capitaux. À cet égard, il est significatif de constater que les deux codes de libération signés en 1961 par les pays membres de l'OCDE, l'un sur les mouvements de capitaux et l'autre sur les opérations invisibles, avaient davantage un caractère d'obligation morale qu'un caractère réellement contraignant, ce qui en soi marquait un recul par rapport aux accords que les pays européens avaient signés auparavant dans le cadre de l'OECE. Quant aux accords qui pouvaient présenter un quelconque caractère obligatoire, leur portée était limitée. Soit au cadre géographique régional, comme ce sera le cas par exemple des dispositions qui découleront du Traité de Rome et, ultérieurement, de la création d'un espace économique unique²⁰. Soit encore à certaines situations particulières, ce qui sera le cas notamment des pays en développement. Mentionnons, par exemple, les deux conventions signées dans le cadre de la Banque mondiale. La première, signée en 1965, portait sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États²¹, et la seconde, signée en 1985, portait création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI). Ces deux conventions concernent directement deux

¹⁹ OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales : Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 1986. Cette déclaration mentionne que les FTN devraient notamment : 1) se conformer aux règles et aux politiques établies en matière de concurrence dans les pays où elles opèrent ; 2) s'abstenir d'actions qui ont des effets défavorables sur la concurrence (prises de contrôle anticoncurrentielles, comportement abusif, refus de vendre, etc.), participer à des ententes internationales ou nationales ; et 3) coopérer lors des enquêtes en matière de concurrence avec les autorités compétentes des pays dont les intérêts sont directement affectés.

²⁰ La plupart des accords économiques régionaux contiennent des dispositions relatives à la circulation des capitaux et à la liberté d'établissement. Aujourd'hui, si l'Union européenne possède le régime sans doute le plus complet qu'il soit en la matière, un autre grand accord économique, l'ALÉNA, contient des dispositions relatives aux investissements qui servent de modèle dans les négociations de l'AMI.

²¹ Signée le 18 mars 1965, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, portait création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux États (CIRDI). Deux mécanismes de règlement des différends sont prévus : la conciliation et l'arbitrage.

des questions les plus litigieuses, soit la protection de l'investissement et le règlement des différends avec un État²². L'une et l'autre constituent des avancées considérables, mais n'oublions pas cependant que si de telles avancées ont pu être réalisées, c'est en grande partie à cause du rôle d'intermédiaire financier que la Banque mondiale devait jouer entre les investisseurs privés et les pays en développement. Comme cette dernière devait favoriser la canalisation de l'investissement vers ces derniers, l'octroi d'une meilleure protection à l'investissement privé répondait en quelque sorte à son mandat, soit celui de créer un climat de confiance mutuelle²³.

Cela dit, en matière de protection de l'investissement étranger, États et entreprises n'étaient pas entièrement désarmés. Suite aux conventions et aux accords signés, un certain nombre de mécanismes internationaux d'arbitrage et de conciliation existaient, les trois plus importants étant ceux offerts par la Chambre de commerce internationale (CCI), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Toutefois, le recours à ces mécanismes restera facultatif, et il fallait que les contrats ou les traités contiennent des dispositions à cet effet. En fait, et généralement, les seuls recours dont disposaient les investisseurs étrangers étaient ceux des tribunaux nationaux, auquel cas c'était le droit national qui établissait les droits et privilèges de ces derniers.

2. Du droit des États au droit des entreprises

On ne peut évidemment pas mettre tous les États sur le même plan. Dans le cas des pays en développement, les choses étaient relativement claires : la ligne de fracture qui les séparait des pays développés était en matière d'investissement aussi profonde, sinon davantage encore, que celle qui les opposait en matière de commerce. En ce qui concerne les pays développés, les choses étaient beaucoup moins claires, et ceux-ci étaient loin d'afficher une position commune dans ce domaine. Certains pays, les États-Unis ou la Grande-Bretagne, par exemple,

²² Il faut aussi ajouter à ces deux conventions les Principes directeurs pour le traitement de l'investissement direct étranger que la Banque s'est donnés en 1992 et qui ont eux aussi un caractère contraignant.

²³ La création de cette agence répondait évidemment aux vœux des pays industrialisés, mais également à la préoccupation de la Banque de ne pas se trouver directement confrontée aux problèmes politiques que pouvait poser le règlement de différends de plus en plus nombreux entre un pays membre et un investisseur étranger.

avaient une longue tradition d'ouverture en matière d'investissement international, qui s'accommodait fort mal des dispositions prises par ceux pour qui les contrôles se confondaient avec la défense de l'emploi ou avec l'indépendance nationale, soit encore avec les deux à la fois²⁴. D'un autre côté, on peut se demander quelle légitimité pouvaient avoir des mesures de contrôle de l'investissement étranger dans un contexte où les investissements internationaux devenaient de plus en plus croisés. Sauf en faisant fi de la concurrence, on pouvait difficilement défendre l'octroi de privilèges et de droits particuliers aux « champions nationaux », publics ou privés, quand, parallèlement, ceux-ci opéraient sur les marchés étrangers de la même manière que n'importe quelle FMN.

Malgré ces réserves, on peut dire que, d'une façon générale, pendant une trentaine d'années, les États ont usé et abusé de leur pouvoir discrétionnaire pour contrôler les mouvements de capitaux et interférer ainsi dans les choix des entreprises, que celles-ci fussent nationales ou étrangères. Un tel système, si l'on peut parler ainsi, qui s'articulait autour de l'affirmation du pouvoir souverain du pays d'accueil sur l'initiative privée, pouvait être efficace lorsque les stratégies des entreprises visaient la pénétration des marchés nationaux ou l'exploitation de ressources locales. Mais pour qu'il en fût ainsi, encore fallait-il que les États puissent soutenir effectivement l'encastrement national de l'économie, ce qui demandait deux choses : un certain pouvoir de négociation face aux FMN et une économie jouissant d'un relatif degré d'autonomie vis-à-vis des grands courants économiques internationaux.

Les premières étapes de la multinationalisation des entreprises, fondées sur des stratégies d'approvisionnement ou de pénétration des marchés, ont fait apparaître des FMN, les unes extractives et les autres multidomestiques, qui étaient, pour reprendre l'expression d'Andreff (1996), « engluées » dans le territoire du pays d'accueil²⁵. C'est lorsqu'ont commencé à apparaître des FMN qui décomposaient les processus productifs pour faire apparaître des firmes réseaux et des entreprises adoptant des stratégies globales, que le rapport firme territoire a été remis en question, et, partant, l'efficacité des cadres normatifs et réglementaires nationaux en matière d'investissement étranger. Comment en effet appliquer des règles et des

²⁴ Le Canada était, au début des années soixante-dix, favorable à la mise en place d'un code de conduite des FMN. Il sera, avec les Pays-bas et les pays scandinaves, l'un des promoteurs d'un tel projet à l'OCDE.

²⁵ Wladimir Andreff, « La déterritorialisation des multinationales : firmes globales et firmes-réseaux », *Culture & Conflits*, no. 21-22, 1996, printemps-été.

contrôles au niveau national alors que se développait une économie de plus en plus « déterritorialisée » ou, pour être plus nuancé, de plus en plus autonome et flexible par rapport aux territoires nationaux ? Avec ces évolutions nouvelles dans l'organisation des activités des FMN, la relation hiérarchique qui s'était établie jusque-là entre États et firmes va ainsi se trouver renversée, inversée²⁶, avec pour conséquence que, si, jusque-là, c'étaient plutôt les entreprises qui se disputaient le droit d'opérer sur un territoire précis, à partir de ce moment, ce sont les États qui allaient se disputer l'investissement étranger.

Le gain d'autonomie des acteurs privés s'explique certes par leur capacité de contourner les règles à l'intérieur d'un système international qui faisait reposer l'essentiel des contrôles sur les mouvements de capitaux, mais également par l'absence de consensus entre les États, voire la franche hostilité de certains d'entre eux à toute mesure de contrôle, ce qui rendait toute initiative de coopération à l'échelle internationale totalement utopique. Les FMN ont adapté leurs stratégies aux nouvelles réalités de l'ouverture commerciale beaucoup plus rapidement que ne l'ont fait les États, mais à partir du moment où ces derniers vont commencer à ajuster à leur tour leurs propres stratégies économiques, les choses vont basculer, en faveur du libre-échange²⁷. Ce basculement s'est progressivement imposé au fur et à mesure que les libéraux non-interventionnistes ont étendu leurs réseaux d'influence et que leurs idées et leurs thèses se sont diffusées dans les universités et les Facultés, comme la faculté de droit de l'Université de Chicago, mais aussi dans le public par l'entremise de leurs publications ou d'interventions publiques, comme la série d'émissions télévisées qu'animeront les époux Milton et Rose

²⁶ Philippe Hugon, «Les cadres de cohérence à l'épreuve des interdépendances des centres de décisions internationaux» dans A. Vinokur (dir.), *Décisions économiques*, Économica, Paris. (1998). Et P. Hugon, «L'évolution de la pensée économique et la globalisation», dans GEMDEV, *Mondialisation. Les mots et les choses*, Paris, Karthala, 2000, pp. 19-50.

²⁷ On est parfois porté à expliquer le recours au libre-échange en faisant appel à des facteurs extérieurs à l'État et à son économie nationale, notamment en interpellant soit le rôle de plus en plus éminent qu'exercent les organisations économiques et financières internationales, comme l'OCDE, le FMI ou la Banque mondiale, dans l'arbitrage et le contrôle des grands indicateurs économiques nationaux, soit les contraintes imposées par les FMN sur la gouverne des économies nationales et des sociétés. Cette approche n'est pas valable car elle omet de camper l'État lui-même au centre de cette conversion au libre-échange, tout en négligeant de reconnaître qu'en suivant les intimations de l'OCDE ou du FMI, les États, ceux du centre au moins, ne font que donner suite à des mandats qu'ils ont eux-mêmes confiés à des organisations à l'intérieur desquelles ils détiennent toujours un ascendant indéniable.

Friedman²⁸. À l'inverse de ce qui s'était passé dans les années trente, l'orthodoxie avait changé de camp ; c'étaient cette fois les néo-libéraux qui, partis à l'assaut de la forteresse keynésienne, révélaient avec moult exemples les défaillances de l'État et les vertus de la concurrence pour résoudre les problèmes économiques, voire tous les problèmes de société.

Toujours est-il, qu'en l'espace quelques années à peine, le néo-libéralisme - et plus généralement l'adhésion au principe concurrentiel - va gagner un tel ascendant sur les esprits et sur les hommes politiques qu'habilement associé par ces derniers à la revitalisation de l'économie ou même de la puissance nationale, ce qui n'est d'ailleurs pas le moindre des paradoxes, il deviendra le modèle à suivre. Margaret Thatcher ouvrira la voie, dès 1979, au Royaume-Uni, suivie de Ronald Reagan aux États-Unis à partir de 1980²⁹. Cela dit, et au-delà des multiples variantes sans grande importance pour notre propos³⁰, à l'instar de ce qu'il en fut de la révolution keynésienne, le néo-libéralisme n'aurait pas connu un tel ascendant s'il ne s'était agi que d'une simple théorie, voire d'un discours politique, et s'il n'avait répondu qu'à des demandes, aussi pressantes fussent-elles, de certains groupes de la société. Il en fut du néo-libéralisme comme du keynésianisme : il répondait à un besoin, celui de trouver une réponse aux problèmes auxquels étaient confrontés les États, dont la relance de la croissance économique. Mais, à partir du moment où il s'est avéré que les mesures nationales perdaient de leur efficacité, et que, par la suite, les États choisirent d'opter pour une attitude radicalement différente, celle du désengagement économique, il est clair que le même processus ne pouvait qu'être engagé au niveau international, sinon en parallèle. Comme le signale l'OMC, on assistera alors à « l'apparition d'un consensus quasi-mondial sur les principes

²⁸ La littérature sur le néo-libéralisme en tant que courant de pensée, sur le rôle des fondations et autres *think tanks* de droite est abondante ; à titre d'exemple on pourra consulter Keith Dixon (1998). Pour une revue de la littérature sur le sujet, voir Roger Charland, *Hermès* no 3, revue électronique : <http://pages.globetrotter.net/charro/hermes.htm>.

²⁹ Nombre d'analystes et d'historiens font remonter l'émergence du néo-libéralisme en tant qu'économie politique officielle au mois de septembre 1973, c'est-à-dire au coup d'État du général Pinochet contre le président Salvador Allende, puisque c'est cet événement qui préparera l'arrivée au Chili de ceux que l'on a appelés les *Chicago boys*, les architectes du premier programme de libéralisation de l'économie.

³⁰ Pour une interprétation, depuis l'intérieur, à la fois complaisante et surfaite de cette révolution conservatrice, voir Anderson, *Revolution*, 198. Le néo-libéralisme n'était d'ailleurs pas monolithique. De nombreux courants, parfois contradictoires, le traversaient, tout comme il traversera lui-même la politique économique, comme ce fut le cas aux États-Unis alors que monétaristes et théoriciens de l'offre

fondamentaux de la politique commerciale (...) »³¹. Ce consensus s'étendra, en ce qui concerne les pays développés du moins, aux investissements, avec le résultat que l'attitude des pouvoirs publics à leur endroit va changer du tout au tout.

3. Coopérer ou faire cavalier seul ?

Comme le rappelle Dunning³², en matière d'investissements directs, on est passé d'une attitude franchement hostile envers les FMN à une attitude on ne peut plus accueillante à leur endroit³³. Tout nouvel investissement étranger est désormais considéré comme une bonne nouvelle pour l'économie et tout est fait au niveau des procédures, réglementations et obligations diverses pour faciliter leur entrée. Il est devenu d'autant plus difficile pour les gouvernements de faire marche arrière que, profitant de l'ouverture qui leur a été faite, les FMN ont considérablement élargi le champ de leurs opérations, et que ces mêmes gouvernements se trouvent eux-mêmes pris dans l'engrenage d'une libéralisation qui les engage dans une concurrence de plus en plus vive et ouverte les uns vis-à-vis des autres³⁴. Curieux retournement de situation donc, où l'on voit désormais les gouvernements « courir » après les investissements étrangers et déployer le tapis rouge devant les FMN. Ainsi, selon la CNUCED, entre 1991 et 1999, ce n'est pas moins de 94 % des 1 035 révisions apportées au niveau mondial aux dispositions visant les IDE qui ont créé un environnement leur étant plus favorable (tableau 1).

s'affrontèrent au sein de l'équipe présidentielle, souvent durement, sur les voies à suivre pour relancer l'économie américaine.

³¹ . OMC, 1996, *op. cit.*, p. 5.

³² John Dunning, «Gouvernements and Multinationals : From Confrontation to Cooperation ?», dans Lorraine Eden et Evan Potter (dir.), *Multinationals in the Global Political Economy*, Londres, Macmillan, 1993, pp. 59-83. Voir également, Charles-Albert Michalet, *La séduction des Nations ou Comment attirer les investissements*, Paris, Economica, 1999.

³³ Le problème a été soulevé très tôt dans le cas canadien, dès l'arrivée au pouvoir en 1983 du parti conservateur dirigé par Brian Mulroney. Voir à ce sujet, Christian Deblock et François Plourde, «Faut-il encore contrôler les investissements directs ?», dans Christian Deblock et Richard Arteau, *La politique économique canadienne à l'épreuve du continentalisme*, Montréal, GRETSE-ACFAS, 1993.

³⁴ . C'est ce que Baldwin, appliquant le raisonnement au cas du régionalisme, appelle l'effet de domino (Richard G. Baldwin, «The Causes of Regionalism», *The World Economy*, vo. 24, no. 7, 1997 pp. 865-887). Dans le cas présent, il s'agit soit d'éviter d'être pris de court par les mesures de libéralisation que d'autres adoptent soit, et plus stratégiquement, de profiter de l'avantage d'être les premiers. Le résultat en est que le processus de libéralisation des échanges s'en trouve accéléré.

Tableau 1. Modifications apportées aux dispositions réglementaires nationales, 1991-1999

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Nombre de pays ayant modifié les dispositions applicables aux investissements	35	43	57	49	64	65	76	60	63
Nombre de modifications :	82	79	102	110	112	114	151	145	140
Plus favorables	80	79	101	108	106	98	135	136	131
Moins favorables	2	-	1	2	6	16	16	9	9

Source : CNUCED, *World Investment Report 2000*.

Parallèlement, les accords internationaux protégeant et élargissant les droits des investisseurs se sont multipliés. Il ne s'agit pas seulement pour les gouvernements d'attirer l'investissement étranger, mais de mieux protéger les investissements nationaux à l'étranger. La prolifération des accords internationaux sur l'IDE, que ce soit sur une base bilatérale ou régionale, est l'une des tendances les plus remarquées sur la scène économique internationale ces dernières années³⁵ : plus de la moitié de ces accords ont été signés depuis 1990 et, dans la plupart des cas, il s'agit d'accords entre pays industrialisés et pays en développement, c'est-à-dire avec des pays dont les réglementations nationales restent encore très restrictives³⁶. On observera de plus que ce phénomène de démultiplication des accords sur l'investissement va de pair avec la prolifération des accords commerciaux bi- ou plurilatéraux, lesquels se trouvent à englober le plus souvent des dispositions fort précises en matière d'investissement³⁷.

³⁵ En 1981, l'OCDE dénombrait plus de 200 traités bilatéraux, dont 89 ont été ratifiés après 1973. En 1999, la CNUCED en dénombrait 1856. Le Canada, à lui seul, en a signé 24 depuis 1989, dont huit en 1997. Selon l'*Economic Report* de 1998, les États-Unis en auraient signé 40 !

³⁶ On peut se demander d'ailleurs si dans les négociations commerciales en cours, comme celles qui ont lieu en ce moment dans les Amériques, l'accès préférentiel et sécuritaire aux marchés des pays les plus développés ne sert pas de monnaie d'échange pour obtenir des pays moins développés la reconnaissance du traitement national pour l'investissement international sous sa forme inconditionnelle.

³⁷ Cette question est abordée, dans le cas nord-américain, par Lorraine Eden ("The Emerging North American Investment regime", *Transnational Corporations*, vol. 5, n° 3, décembre, 1996, pp. 61-98). Dans son étude, l'auteure montre en quoi les dispositions relatives à l'investissement contenues dans l'ALÉNA s'inscrivent dans un processus qui visent à établir un régime sur l'investissement qui corresponde

C'est cependant moins la prolifération des accords qui doit attirer notre attention que le changement des objectifs visés. Auparavant, dans les débats sur l'investissement international, il s'agissait surtout, dans un contexte où l'activité étrangère était subordonnée aux priorités des politiques nationales, de contrôler l'exercice de ce droit, ce qui, en retour, impliquait trois choses. Premièrement, le droit international devait pouvoir imposer des limites au pouvoir discrétionnaire fondé sur la discrimination nationale que les États pouvaient exercer sur les citoyens étrangers et sur les sociétés à capital étranger à l'intérieur du périmètre national. Deuxièmement, il fallait que l'État d'origine puisse saisir les autorités internationales en cas de préjudice réel ou potentiel. Et, troisièmement, il fallait que les différents régimes nationaux soient compatibles entre eux. À défaut de consensus en la matière, et dans la mesure où l'investissement était un domaine où les intérêts nationaux étaient défendus âprement, les résultats de la coopération internationale furent toujours fort modestes ainsi qu'il a été relevé plus haut. La croissance rapide des IDE, les formes nouvelles prises par l'activité des FMN, les changements dans les attitudes à leur égard, de même que les révisions des politiques nationales en vigueur à l'égard des IDE ont eu pour effet de changer la problématique et de pousser juristes et responsables gouvernementaux à déterminer les politiques et les règles propres à promouvoir la circulation des capitaux et à assurer la meilleure protection possible à l'investisseur et à ses investissements³⁸.

Pour nous résumer, le droit international a évolué dans un sens plus favorable à la protection des investissements étrangers, mais cette évolution doit elle-même être mise en relation avec le changement d'attitude à leur égard. Deux facteurs poussent au rapprochement des législations et des réglementations, le caractère de plus en plus croisé des investissements directs entre pays développés, d'une part, et le fait que les gouvernements, particulièrement ceux des pays en développement, cherchent à créer un environnement et un climat de confiance susceptible d'attirer les investissements, d'autre part. Les règles et les contrôles vont dans le sens de l'assouplissement, voire de la disparition pure et simple, et les pays acceptent

aux réalités nouvelles de l'intégration en profondeur. Elle montre aussi en quoi ces dispositions, bien qu'encore imparfaites, peuvent servir de cadre de référence à l'implantation d'un régime analogue au niveau multilatéral. Voir également R. Lawrence, *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, Washington, Brookings Institute, 1996.

aujourd'hui plus facilement que ce n'était le cas autrefois l'inclusion, dans les traités et contrats, de dispositions permettant le recours à des mécanismes internationaux d'arbitrage. Et, comme le note Fatouros, « du fait de cette nouvelle approche, l'accent a été mis sur les accords internationaux en tant que principale source de réglementation pertinente »³⁹. Toutefois, il ne s'agit pas, par ces accords, d'instaurer un supranationalisme, comme cela avait été envisagé par certains dans l'après-guerre, à l'intérieur d'un modèle de coopération pourtant centré sur l'État, ou comme cela est éventuellement envisageable dans le cas européen, mais plutôt de transnationaliser des règles plus ou moins communément acceptées aujourd'hui, du moins par les pays industrialisés, et de faire ainsi émerger un droit économique international qu'il appartiendra à chaque État de respecter et de faire respecter à l'intérieur du périmètre national.

Le fait que le projet d'AMI ait été négocié dans le cadre de l'OCDE plutôt qu'à l'OMC n'est d'ailleurs pas un hasard. Les négociations commerciales du cycle Uruguay risquaient d'achopper sur cette question⁴⁰. En transférant le dossier à l'OCDE, une institution qui, rappelons-le, regroupe les pays d'où provient la majeure partie des investissements internationaux et qui possède en la matière une longue tradition de négociation, il était de la sorte possible de sortir de l'impasse et d'obtenir un accord qui pourrait, dans un deuxième temps, être progressivement étendu, par la voie bilatérale notamment, à l'ensemble des pays de la planète⁴¹.

³⁸ Voir à ce sujet, Julius De Anne, "International Direct Investment : Strengthening the Policy Regime", dans Peter B. Kenen (dir.), *Managing the World Economy, Institute for International economics*, Washington, 1994.

³⁹ A. A. Fatouros, «Vers un accord international sur l'investissement direct étranger?», dans *Document OCDE. Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Paris, OCDE, pp. 49-72, 1996, p. 50.

⁴⁰ À l'OMC, l'Accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce ouvre timidement la porte en matière de droits et obligations des États. L'accord s'appuie en particulier sur les dispositions relatives au traitement national ainsi que sur celles relatives aux restrictions quantitatives pour interdire certaines exigences de résultat. Il prévoit certaines mesures transitoires et la création d'un comité particulier. Finalement, c'est peu de chose.

⁴¹ Il ne s'agit pas là d'un précédent. On a pu constater, par exemple, que dans le cas du code de conduite sur les normes prudentielles que les banques internationales devaient respecter, les règles ont été intégrées aux législations bancaires nationales. Bien que l'accord ne s'appliquait qu'aux pays signataires, ces derniers ont très rapidement exigé des banques étrangères ayant ou souhaitant avoir des filiales ou des succursales sur leur territoire le respect des normes pour avoir le droit d'opérer. Cela dit, il faut quand même préciser que l'accord était ouvert aux pays non membres de l'OCDE. Plusieurs pays avaient d'ailleurs fait savoir qu'ils ratifieraient l'AMI ; entre autres, l'Argentine, le Brésil, le Chili, Hong Kong, la

L'échec de ces négociations, et leur renvoi à l'OMC, n'enlève rien au fait qu'il existe aujourd'hui un consensus entre les pays industrialisés sur le principe même de protéger l'investissement. Le problème vient plutôt des réserves quant à l'étendue et à l'application des droits à octroyer aux entreprises. Mais ce n'est pas le seul. Il y a un autre problème, tout aussi fondamental que le premier : même là où ces droits sont reconnus, les entreprises étrangères se heurtent encore bien souvent à l'opacité des marchés et des réglementations, voire à l'absence de règle de droit, à la faiblesse des autorités et des législations dans des domaines aussi divers que les assurances, les banques, les faillites, la comptabilité, ou encore à des pratiques, la corruption ou la criminalité économique par exemple, qui accroissent les risques et les coûts d'opération. Le débat sur le droit économique des entreprises va donc bien au-delà de la seule reconnaissance d'une protection étendue puisqu'il engage également la gouvernance, publique et d'entreprise. Là encore, il n'est pas anodin que ce soient le FMI et la Banque qui se soient engagés dans cette voie, celle des codes et standards, sous la pression des pays industrialisés et après que les deux institutions aient été mises sur la sellette par la crise asiatique, quitte à faire fi des droits souverains des États.

On voit donc émerger une situation où les États tentent, unilatéralement et par le biais de la coopération internationale, de répondre aux attentes des entreprises, mais qui se juxtapose aussi à une concurrence entre les systèmes nationaux, chacun d'eux tentant du mieux qu'il peut d'assurer l'intégration compétitive de l'économie nationale à l'économie mondiale. Si le droit des États s'efface au profit du droit des entreprises, une tendance qui découle du fait qu'il ne s'agit plus de soumettre les mouvements de capitaux à des contraintes mais d'en tirer avantage, la quasi-absence de règles internationales adaptées aux réalités nouvelles de la globalisation fait en sorte que les États ont le champ libre pour faire cavaliers seuls et orienter leurs stratégies compétitives en conséquence. Nous y reviendrons plus tard dans la section portant sur la concurrence. Ce que nous voulions souligner ici est simplement le fait que si le droit des États de contrôler les investissements étrangers tend à s'effacer, ceci ne signifie pas pour autant qu'il y ait retrait de l'État du champ de l'économie. Il y a plutôt eu déplacement du pouvoir discrétionnaire d'intervention, du national vers l'international.

4. L'ALÉNA comme modèle

Chine et la Slovaquie. Voir à ce sujet, D. R. Adair, «Investors' Rights : The Evolutionary Process of

L'expérience dans les Amériques est intéressante pour trois raisons. D'abord, il n'est pas anodin de constater que c'est des Amériques qu'est parti le mouvement en faveur d'une meilleure protection de l'investissement, à l'instigation des États-Unis, et ce, à un moment où les termes de leur sécurité économique vont commencer à être redéfinis. Ensuite, que voit-on apparaître dans tous les accords signés ces dernières années sur le continent américain, sinon une très grande convergence quant au contenu et à l'étendue de la protection accordée à l'investissement étranger. Enfin, comme nous le verrons plus loin, dans le cadre des négociations hémisphériques, le débat sur les règles doit aller beaucoup plus loin que la seule négociation d'un code de l'investissement ; il doit porter sur tout ce qui de près ou de loin touche à la transparence des marchés, des règles et des pratiques, publiques ou privées.

Le recours direct à l'arbitrage international et la possibilité de voir ainsi un investisseur poursuivre un État furent sanctionnés pour la première fois par le traité bilatéral d'investissement signé par les États-Unis et Panama en 1982. Clarifiées par les traités signés avec Haïti (non ratifié), puis avec l'Argentine, ces deux innovations ont depuis lors été systématiquement reconduites dans tous les traités bilatéraux signés par les États-Unis, le Canada, voire le Mexique, depuis le début des années 1990. Or, non seulement ces traités bilatéraux viennent-ils créer un précédent dans la mesure où jusqu'alors les pays d'Amérique latine avaient pu s'appuyer sur la doctrine Calvo pour ne pas reconnaître de traitement préférentiel aux investisseurs étrangers ou la compétence d'une juridiction internationale en cas de différend⁴², mais préparent le terrain aux accords qui viendront par la suite, et ce, conformément au principe général de la diplomatie commerciale américaine qui est toujours de s'appuyer sur les dispositions des accords signés pour relever la barre toujours plus haut.

Aussi, comme le souligne Rémi Bachand, on ne peut donc dire qu'en accordant une protection fort étendue à l'investisseur, l'ALÉ puis l'ALÉNA, au travers de son chapitre 11, s'inscrivent vraiment en rupture avec le droit antérieur et les

Investment Treaties", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 1999, no 6, p. 211.

⁴² Voir l'analyse fort détaillée de l'historique des mécanismes de règlement des différends que fait Rémi Bachand, dans *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements. L'ALÉNA comme modèle ?* (Montréal, GRIC, février 2000, <http://www.unites.uqam.ca/gric>). Notre analyse s'appuie sur cette étude.

changements introduits dans les législations nationales⁴³. Mais ces nouveaux accords marquent une étape de plus, dans le sens où ils vont élargir, approfondir et étendre le contenu des accords antérieurs. Tout d'abord, ce n'est plus avec un petit pays que signent les États-Unis mais, dans un premier temps, avec leur premier partenaire commercial, puis, dans un deuxième temps, avec leur second voisin immédiat, devenu depuis lors leur second partenaire commercial. Il n'est pas inintéressant d'ailleurs de relever que ces deux pays concentrent à eux seuls plus de 13 % des IDE américains dans le monde et plus de 65 % de tous les IDE américains sur le continent. D'où notre second constat : en souscrivant aux dispositions sur l'investissement, le Mexique est venu en quelque sorte mettre le clou sur le cercueil de la doctrine Calvo, dans la mesure où il sera dorénavant fort difficile pour un pays d'Amérique latine ou de la Caraïbe de signer un accord bilatéral avec celui-ci, voire avec le Canada, sans offrir les mêmes avantages aux États-Unis. Enfin, il n'est pas inutile non plus de rappeler que si l'un des objectifs visés par le Canada dans ses négociations commerciales avec les États-Unis était d'apporter plus de transparence dans les relations commerciales entre les deux pays⁴⁴, cette transparence, qui devait se limiter initialement uniquement au commerce des biens et services, a rapidement été étendue, à la demande des Américains, à l'investissement. Par la suite, si les négociations commerciales à trois, entre le Canada, le Mexique et les États-Unis, ont permis au Canada de voir les dispositions relatives aux mécanismes de règlement des différends éclaircies et améliorées, sur le fond, cependant, l'Accord de libre-échange nord-américain, l'ALÉNA, ne fera que reprendre les dispositions de l'accord antérieur. Ce qui montre, soit dit en passant, à quel point ces accords vont bien au-delà de l'intention initiale des signataires et que l'objectif recherché par les États-Unis était bel et bien

⁴³ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁴ Il faut souligner en effet que la formule retenue repose sur un compromis et que l'application du mécanisme de règlement des différends repose en grande partie sur la bonne foi des partenaires commerciaux. L'examen des différends est fait sur la base des législations nationales, plus précisément à partir de la législation du pays d'origine des entreprises qui en appellent du différend. D'une façon générale, les gouvernements jouent le jeu, mais la saga du bois d'œuvre montre que, de toute évidence, le mécanisme de règlement des différends présente des failles importantes et qu'en la matière, le commerce n'est toujours pas totalement à l'abri des mesures unilatérales ni des aléas de la politique intérieure. Quant à la procédure, elle passe par trois étapes : la consultation, la négociation et l'arbitrage. Voir à ce sujet, l'article de Peter Watson, «Dispute Settlement under FTA-NAFTA», dans *Policy Options-Options politiques*, juin 1999, pp. 33-37.

d'éliminer toute forme de discrimination sur le critère de nationalité dans le domaine de l'investissement, comme c'était le cas dans celui du commerce.

Toujours est-il que si nous regardons de plus près le chapitre 11 de l'ALÉNA, qui porte sur l'investissement, les dispositions relatives aux droits et obligations des États de même que les procédures en matière de règlement des différends y sont fort détaillées⁴⁵. Nous pouvons regrouper celles-ci sous sept volets.

1. Obligation est faite aux parties contractantes d'accorder à l'investisseur le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national. Cette disposition enlève toute possibilité à un pays de protéger un secteur économique particulier et restreint considérablement l'application des législations nationales, et ce, même si obligation est faite à l'investisseur de respecter celles-ci de bonne foi.
2. Obligation est également faite d'accorder aux investisseurs un traitement conforme au droit international, « notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ». Cette disposition fort ambiguë a fait l'objet d'une clarification partielle à la demande du Canada lors de la réunion de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, qui s'est tenue à Washington le 31 juillet 2001, mais elle demeure très litigieuse parce qu'elle tend à donner préséance au critère de rentabilité sur celui d'intérêt public comme l'ont montré plusieurs poursuites récentes⁴⁶.
3. L'interdiction d'imposer des prescriptions de résultats s'applique aux exportations, au contenu national, aux achats de biens et services sur le territoire, au lien entre les exportations et les entrées de devises, à la vente et aux achats de l'investisseur sur le territoire, aux transferts de technologie, procédés de fabrications et autres savoir-faire exclusifs, à la fourniture exclusive de produits ou services sur un marché mondial ou régional ainsi qu'aux subventionnements.

⁴⁵ Voir à ce sujet, Edward Graham et Christopher Wilkie, «Multinationals and the Investment Provisions of the NAFTA», *The International trade Journal*, Vol. 8, n° 8, 1994, pp. 9-38.

⁴⁶ La norme de l'ALÉNA sera dorénavant la norme minimale du droit international coutumier. Il est également convenu que les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui qui est exigé par le droit international coutumier.

4. Les mêmes interdictions s'appliquent aux personnes, du moins aux dirigeants et aux membres des conseils d'administration⁴⁷.
5. Obligation est faite pour les parties contractantes d'accorder « librement et sans retard tous les transferts se rapportant à un investissement sur leur territoire par un investisseur d'une autre partie », ce qui revient à reconnaître la liberté totale de mouvement des capitaux et des transferts de profits et autres revenus.
6. En ce qui a trait aux mesures de nationalisation ou d'expropriation ou équivalentes, les parties contractantes se trouvent soumises à trois exigences : d'intérêt public, de non-discrimination et de versement d'une indemnité.
7. Enfin, en matière de règlement des différends, l'ALÉNA reconnaît à un investisseur le droit de poursuivre l'une des parties contractantes devant l'institution internationale de son choix, avec obligation toutefois de suivre la procédure engagée, tout en prévoyant un mécanisme fort détaillé passant par trois étapes : la consultation, puis la médiation et la conciliation, et enfin, la mise sur pied d'un groupe spécial d'arbitrage⁴⁸.

Ces dispositions sont, à peu de choses près, celles que l'on devait retrouver dans le projet d'accord multilatéral sur l'investissement, l'AMI, sinon que celui-ci allait plus loin encore que l'ALÉNA, notamment en ce qui a trait à l'indemnisation pour les pertes subies en raison d'une guerre ou d'un conflit civil. Les négociations en cours dans les Amériques incluent évidemment les investissements étrangers. Une connivence étroite s'est d'ailleurs établie entre le Canada et les États-Unis à leur sujet. Un groupe particulier de négociation a été créé à cet effet, il s'agit du groupe 2, qui vient immédiatement après celui de l'accès aux marchés, et, pour le moment, les premières ébauches du projet d'accord tendent à montrer que, malgré les réserves du Brésil⁴⁹ et du Venezuela notamment, on s'oriente vers un contenu

⁴⁷ L'ALÉNA prévoit également la libre circulation des dirigeants et personnes clés de l'entreprise dans les trois pays.

⁴⁸ L'ALÉNA fait référence à la Convention CIRDI, au Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI et aux règles d'arbitrage de la CNUDCI.

⁴⁹ Le traité d'Asuncion de 1991 portant création du MERCOSUR comporte des dispositions sur l'investissement. Celles-ci sont assez proches de celles que l'on retrouve dans l'ALÉNA, sauf qu'on y prévoit des aménagements pour des raisons de développement, auquel cas les gouvernements peuvent surseoir à l'application du principe du traitement national. Une telle disposition pourrait être incluse dans le futur accord, dans les réserves et exceptions générales cependant.

assez similaire à celui du chapitre 11 de l'ALÉNA⁵⁰. De toute manière, vu la prolifération des accords signés en matière d'investissement, vu également la forte tendance à l'uniformité quant au contenu et à la portée de ces accords, y compris ceux qui sont signés entre pays d'Amérique latine et de la Caraïbe, on voit mal comment les derniers foyers de résistance pourraient tenir très longtemps et comment les dispositions sur l'investissement contenues dans l'ALÉNA ne seront pas incluses, « sinon textuellement copiées », pour reprendre les mots de Rémi Bachand, dans le futur accord sur la ZLÉA⁵¹.

⁵⁰ Les premières ébauches reprennent les dix dispositions de base, soit celles relatives au traitement national, au traitement réservé à la nation la plus favorisée, au traitement juste et équitable, aux prescriptions de résultat, aux dirigeants et personnels-clés, aux transferts, aux expropriations et indemnisations, aux indemnisations en cas de perte, y compris en cas de guerre ou de guerre civile, aux exceptions et réserves et règlement des différends.

⁵¹ Rémi Bachand, *Étude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe-t-il une alternative au modèle ALÉNA ?*, Montréal, GRIC, janvier 2001, <http://www.unites.uqam.ca/gric>.

GLOBALISATION ET CONCURRENCE

Le changement d'attitude des États envers l'investissement n'est évidemment pas sans rapport avec le basculement idéologique en faveur du néo-libéralisme évoqué plus haut, de même qu'avec la place très grande qui est désormais accordée aux entreprises aussi bien dans l'élaboration et la mise en place des politiques intérieures que dans l'établissement des cadres normatifs internationaux⁵². Il ne s'agit pourtant là que d'une partie du problème ; les facteurs idéologiques et la montée en puissance des FMN dans la prise de décision n'expliquent pas tout. La référence à un nouvel ordre libéral ne doit pas nous amener à sous-estimer le fait que les acteurs ne font pas que s'ajuster à un processus qui s'imposerait de lui-même, mais qu'ils le façonnent aussi, à des degrés différents, au travers de leurs décisions. Par ailleurs, si les firmes déploient des stratégies qui forment un système de production de plus en plus intégré à l'échelle planétaire, les États, pour leur part, tentent d'adapter leurs politiques économiques à ces nouvelles contraintes. Et à partir du moment où l'investissement international et la FMN deviennent pour les États les vecteurs d'une intégration compétitive des économies nationales à l'économie mondiale, le problème de la coopération internationale ne consiste plus à partir du national et, par échange mutuel de concessions, à faire converger les normes nationales vers l'élaboration des normes communes. Il consiste à mettre en place des dispositifs internationaux de réglementation qui, tout en accordant protection et sécurité aux entreprises, vont également venir encadrer les paramètres de cette intégration compétitive où, à défaut d'accord, chacun est laissé à lui-même.

En clair, l'international descend aujourd'hui dans l'arène nationale et « la coopération internationale pénètre désormais les frontières pour étendre son champ d'action aux politiques intérieures », pour reprendre les mots de Sylvia Ostry⁵³.

⁵² Il n'est pas anodin de relever que les projets de codes de première génération émanaient des pays en développement et voulaient astreindre les activités étrangères aux objectifs du développement. Les accords et projets de code de deuxième génération émanent cette fois des pays développés et sont sollicités par les FMN.

⁵³ Sylvia Ostry, « Au-delà des frontières: le nouveau champ de la coopération internationale », dans OCDE, *Les industries stratégiques dans une économie globale : questions pour les années 90*, Paris,

Mais l'inverse n'est-il pas tout aussi vrai ? Le national n'est-il pas aussi en train de façonner l'économie mondiale ? La question doit être posée dans la mesure où, non seulement les espaces économiques sont placés en concurrence les uns vis-à-vis des autres, mais que, dans le dessein de mettre à niveau les règles nationales et d'éliminer ainsi toute forme de concurrence déloyale entre les différents régimes nationaux, les États, avec au premier rang les plus puissants d'entre eux, sont de plus en plus tentés d'internationaliser leurs propres politiques. Le phénomène est particulièrement visible dans le cas des politiques en matière d'investissement étranger, mais il l'est tout autant dans le cas des politiques de la concurrence comme nous allons le voir maintenant, des politiques fiscales, des politiques de R & D, et pourquoi pas bientôt des politiques d'éducation ou des politiques sociales dès lors que celles-ci participent de la compétitivité des nations....

En effet, qu'il s'agisse de l'investissement ou de la concurrence, les préoccupations de compétitivité sont tellement présentes dans les politiques publiques qu'on peut y voir la source de tensions et de dissensions entre des États qui sont ainsi sollicités pour jeter les bases d'un cadre normatif dont on attend qu'il « libère » l'investissement des contraintes nationales à sa circulation et introduise, au nom de la défense d'efficacité, une certaine souplesse dans l'examen des situations et pratiques sur les marchés. Mais en même temps, puisque les économies nationales sont de plus en plus traversées par les flux et réseaux transnationaux et que les politiques économiques nationales et internationales sont de plus en plus liées, les États se présentent, à des degrés différents certes, comme puissants « acteurs oligopolistiques » capables d'affecter la dynamique concurrentielle et les règles du jeu, du moins de faire évoluer l'une et l'autre dans un sens qui soit favorable aux entreprises et à l'économie nationales. L'une des conséquences les plus visibles de cette « transformation », est que la concurrence ne se joue pas seulement d'entreprise à entreprise, mais également d'État à État et d'État à entreprise⁵⁴.

OCDE, 1991, p. 93. Voir également l'excellent article critique de John Gerard Ruggie, « At Home Abroad, Abroad at Home : International Liberalization and Domestic Stability in the New World Economy », *Millennium, Journal of International Studies*, vol.24, no. 3, 1996, pp. 507-526. Sur la question du droit international privé et la critique de la pensée libérale, voir Cutler (1995).

⁵⁴ Parler avec Stopford, Strange et Henley de nouvelle diplomatie commerciale ou de « diplomatie de négociant » n'est donc pas vain, tant les gouvernements se trouvent à appuyer ouvertement leurs entreprises « nationales » dans leurs démarches pour conquérir de nouveaux marchés, que ce soit par le commerce ou par l'implantation sur place, et ce, même si cet appui tend à prendre des formes fort contestables, notamment du point de vue du droit de la concurrence.

1. Le débat théorique sur la concurrence

Tel qu'il a pris forme à la fin du dix-neuvième siècle dans des pays comme le Canada et les États-Unis, le droit de la concurrence répondait à des préoccupations découlant de la concentration économique et de la formation de trusts. Les grandes lignes du droit de la concurrence furent établies pour interdire les ententes et les monopoles et contrôler la concentration économique. Si des différences significatives marquent les débats nationaux de l'époque⁵⁵, le droit de la concurrence n'en visait pas moins à contrer l'émergence de monopoles et à préserver la multiplicité des acteurs économiques sur les marchés nationaux, et ce, afin de préserver l'intérêt public⁵⁶. Sur un plan plus théorique, il y avait alors une forte opposition entre concurrence et monopole découlant de la conception libérale d'une économie de marché régulée par le principe concurrentiel. Sous l'influence de Cournot, et plus tard de Walras et de Pareto, la concurrence atomistique (la concurrence pure et parfaite) était devenue la pièce centrale de l'orthodoxie économique⁵⁷. Bien sûr, la concurrence pure et parfaite n'a jamais été autre chose qu'un idéal type qui, par opposition au monopole, a la « propriété d'interdire à quiconque agit isolément de perturber l'équilibre du marché et de fausser les prix »⁵⁸. En fait, en matière de droit de la concurrence, tout en se référant à cet idéal, les États sont toujours restés fort pragmatiques. L'application de règle de la raison, notamment aux États-Unis, ou la référence à la taille du marché, comme ce fut le cas pour le Canada, ont permis une application souple des lois, sans que cela

⁵⁵ Il faut, à cet égard, mentionner qu'au Canada, la question du libre-échange avec les États-Unis a été très importante et que la politique nationale adoptée suite aux échecs des négociations commerciales avec les États-Unis fut montrée du doigt pour expliquer le développement des comportements anticoncurrentiels.

⁵⁶ Les débats étaient marqués par la confrontation de deux principes, d'une part, le principe de liberté, et d'autre part, le principe d'équité. L'insatisfaction populaire, très vive aux États-Unis, devant la formation de trust et l'émergence de grandes puissances économiques posait la question de la protection des intérêts des petits producteurs et des consommateurs, et de l'intérêt public en général. En outre, se posait la question du pouvoir politique soumis au pouvoir économique et des dangers que cela soulevait pour la démocratie.

⁵⁷ Sur l'origine du concept de concurrence pure et parfaite, voir M. Blaug, «Competition as an End-State and Competition as a Process», dans B. C. Eaton et R. G. Harris (dir), *Trade, Technology and Economics. Essays in Honour of Richard C. Lipsey*, Cheltenham, Edward Elgar, 1997, pp. 241-263.

⁵⁸ A. Bienaimé, *Principes de concurrence*, Économica, Paris, 1998, p. 13.

vienne cependant remettre en question la présomption forte de risques d'abus de position dominante, consécutive à l'apparition de situations oligopolistiques sur les marchés.

Mais, alors que la littérature théorique traditionnelle associait efficience et atomisticité du marché, les nouvelles approches développées à partir des années soixante-dix considéreront que le lien entre les deux n'est pas automatique. Sous l'influence de Coase, pour qui les options institutionnelles ne se limitent pas au marché et à l'intervention étatique, la littérature va commencer à considérer à partir des années soixante-dix que la concentration économique peut être envisagée sous l'angle de l'internalisation⁵⁹. Comme l'entreprise est une organisation qui s'adapte à son environnement, qu'il s'agisse du changement technologique ou des imperfections du marché, les grandes organisations « se voient reconnaître une plus grande efficacité, non seulement de tirer pleinement parti des économies de production, mais également de substituer des relations internes efficaces à des relations externes marquées par de mauvaises informations »⁶⁰. L'argument est maintenant largement reconnu, et la plupart des politiques de la concurrence accordent une importance aux objectifs d'efficacité, certains pays ayant même introduit la défense d'efficacité dans les textes de lois ou dans les lignes directrices relatives aux fusions⁶¹. Dans cette perspective, l'examen des situations de concurrence doit passer par un bilan économique, c'est-à-dire par la comparaison des effets anticoncurrentiels que peut engendrer une situation d'oligopole ou de pouvoir de marché avec les gains en efficience que l'entreprise peut tirer de sa taille⁶².

Une seconde ligne d'influence viendra de l'école dite « de Chicago-UCLA ». Apparentant le processus concurrentiel à un mécanisme de sélection naturelle de

⁵⁹ R. H. Coase, "Law and Economics at Chicago", *Journal of Law and Economics*, vol. 36, avril 1993, pp. 239-250; R. H. Coase, "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, 1937 pp. 386-405.

⁶⁰ P. Bianchi, "Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen", 2^{ème} partie, *Revue d'économie industrielle*, vol. 60, 1991 ; 1^{ère} partie, *Revue d'économie industrielle*, vol. 59, p. 21.

⁶¹ Le Canada prévoit la défense d'efficacité avec une approche du bien-être total (qui considère la perte économique pour l'ensemble de l'économie canadienne) dans le cadre des dispositions sur les fusions. Malgré l'absence de ce type de défense dans les textes de loi, les autres pays et l'Union Européenne ont fait preuve de pragmatisme. Les lignes directrices américaines en matière de fusions ont, depuis 1982, graduellement renforcé l'importance des critères d'efficacité.

⁶² O. E. Williamson, *Antitrust Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

type spencérien, ne survivant que les seuls plus aptes, celle-ci introduira l'idée que la concentration économique devait non seulement être associée à l'idée d'efficacité supérieure⁶³, mais également être examinée avec d'autant plus de tolérance selon les tenants de cette école, que le « marché pertinent » pour examiner la concurrence n'est plus nécessairement le marché national, voire régional, mais plutôt le marché mondial. Autrement dit, à partir du moment où le marché pertinent n'est plus le marché national mais le marché mondial, ce sont les conditions de concurrence prévalant sur ce marché qui détermineront la taille d'efficacité des entreprises, auquel cas ce qu'il est important d'examiner, c'est la taille requise pour rencontrer les exigences de la concurrence sur le marché mondial, d'une part, et le degré de « contestabilité » du marché national, voire du marché mondial lui-même comme c'est de plus en plus le cas, d'autre part. L'apport de la théorie des « marchés contestables »⁶⁴ est, ici, fondamental : le niveau de concurrence réelle sur un marché est une chose, le niveau de « contestabilité » de ce marché en est une autre. Sur un marché monopolistique, les abus de position dominante sont toujours possibles, mais le risque qu'une telle situation se présente est néanmoins circonscrit, par l'autodiscipline des marchés face à la menace de voir entrer à tout moment de nouveaux arrivants. Et à partir du moment où la concurrence peut venir de n'importe où, ce qui serait le cas aujourd'hui avec la globalisation, rien n'interdit de penser, non seulement que la formation d'entreprises de grande taille est une question de survie sur des marchés devenus mondiaux, mais également que le consommateur y trouve son compte pour autant que les marchés soient contestables. L'accent mis sur les objectifs d'efficacité dynamique, c'est-à-dire principalement sur l'innovation, est aussi un facteur important. Il contribue à assouplir le droit sur la concurrence dans la mesure où l'on considère que les changements technologiques rapides remettraient sans cesse en cause la durabilité des positions dominantes (mis à part la question des brevets) et favoriseraient la contestabilité des marchés, mais aussi et parallèlement que le

⁶³ H. Demsetz, *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*, Amsterdam, New York, North Holland, 1982 ; H. Demsetz, "Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy", *Journal of Law and Economics*, vol. 16, 1973, pp. 1-9.

⁶⁴ Un marché contestable est défini par : 1) la similarité de conditions de coûts pour les firmes établies et les concurrents potentiels ; et, 2) la possibilité d'entrée et de sortie sans coûts irrécupérables. Voir W. Baumol, J. Panzar et R. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

regroupement d'entreprises et la coopération en matière de R&D entraînent des progrès technologiques dont les consommateurs ne peuvent que profiter.

La boucle est ainsi bouclée. S'inscrivant dans la « longue trajectoire qui conduisait à justifier comme "naturelles", dans le cadre de la théorie néo-classique, certaines conditions de monopole »⁶⁵, la littérature économique contemporaine de la concurrence viendra en quelque sorte justifier, au nom de la défense d'efficacité, la formation d'entreprises de grande taille compétitives à l'échelle mondiale. En somme, contrairement à une idée reçue, ce ne serait pas « small is beautiful » mais plutôt, « big is beautiful ». En renouvelant de la sorte le débat sur la concurrence, cette littérature apporte de l'eau au moulin à ceux pour qui il faut d'abord faire confiance au marché, mais également à ceux pour qui globalisation doit d'abord rimer avec compétitivité⁶⁶.

2. Du droit de la concurrence aux politiques de compétitivité

Les politiques de la concurrence, qui étaient perçues jusque-là comme une « anti-politique industrielle », seront en effet révisées en profondeur et considérablement assouplies au nom de la défense d'efficacité et de compétitivité⁶⁷. La seconde conséquence, plus inattendue, sera le fait que les politiques de la concurrence, qui ne s'appliquaient jusque-là qu'au marché national, seront renforcées vis-à-vis de l'extérieur et surtout s'internationaliseront, chaque pays s'arrogeant le droit d'examiner et de sanctionner les pratiques étrangères, des entreprises comme des États, qui vont à l'encontre de la concurrence et, ce faisant, de l'intérêt public.

De fait, ce que l'on observe, c'est que la compétitivité devient l'un des objectifs principaux du droit de la concurrence, alors que les États Nations cherchent à promouvoir le développement d'industries compétitives dans un marché de plus en plus global. Généralement, la centralité du droit de la concurrence sur l'arbitrage des intérêts des producteurs et des consommateurs est reléguée au second plan

⁶⁵ Bianchi, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁶ Voir à ce sujet, le numéro spécial de la *Revue de la concurrence et de la consommation* de mars-avril 1996, notamment l'article d'Alain Bienaymé, « La problématique du sujet ».

⁶⁷ B. Bellon, "Les politiques industrielles américaines: vers un modèle de politiques industrielles de marché", *Revue d'économie industrielle*, no. 71, 1995, 1^{er} trimestre, pp. 61-78. Voir également, United States of America "Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High Tech Global

derrière les objectifs d'efficacité et de compétitivité des entreprises. Il s'agit de ne pas faire obstacle aux restructurations en adoptant une approche trop rigoureuse, mais plutôt de prendre en ligne de compte toutes les dimensions, notamment le fait que la concurrence déborde aujourd'hui du cadre des frontières nationales⁶⁸.

D'une manière générale également, les gouvernements ont sensiblement assoupli leurs législations et adoptent une attitude beaucoup plus tolérante que jusqu'ici à l'endroit des fusions et des alliances stratégiques. Cette tolérance est d'autant plus grande que ces fusions et alliances sont présumées être un moyen pour les entreprises d'améliorer la productivité, la recherche et l'innovation, ainsi que l'accès aux marchés étrangers⁶⁹. On infère parallèlement que la concurrence potentielle des entreprises étrangères exercera un contrepoids salutaire sur le marché interne. En fait, si, dans le premier cas, faute de disposer de toute l'information disponible, les tribunaux ne peuvent pas vraiment décider « objectivement » en matière de fusion, dans le second, ils sont plutôt portés à évaluer de manière fort pragmatique la notion de « rivalité suffisante » sur le marché. Pour autant que le marché demeure potentiellement ouvert à la

Marketplace”, *Antitrust and Trade Regulation Report*, Special Supplement, 70, 1765, 1996, Washington D.C., United States Government Printing Office.

⁶⁸ La loi canadienne sur la concurrence, modifiée en 1986, est à cet égard fort significative de ce changement d'approche puisqu'elle ne place plus désormais l'intérêt du consommateur qu'au quatrième rang des objectifs poursuivis, qui sont dans l'ordre suivant : 1. Stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie ; 2. Améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada ; 3. Assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne ; et 4. Assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Les changements apportés à la loi traduisent le fait qu'il s'agit dorénavant, d'une part, d'aller dans le sens d'un modèle économique orienté sur la croissance des exportations et sur la présence des entreprises canadiennes sur les marchés internationaux et, d'autre part, d'élargir l'espace de liberté des entreprises, sans que ceci ne porte préjudice et aux partenaires commerciaux du Canada et aux consommateurs canadiens. Ce changement d'approche est aussi très visible ailleurs, et notamment aux États-Unis où l'on considère de plus en plus la concurrence dans une perspective qui déborde du marché américain. Depuis 1995, d'importants débats ont été ouverts aux États-Unis au sujet de l'approche à adopter en matière de concurrence dans un contexte de globalisation économique et du rôle que doit jouer la coopération internationale.

⁶⁹ Un argument souvent avancé pour justifier une intervention « prudente » dirait Krugman de la part des pouvoirs publics a trait aux rentes qui découlent des rendements d'échelle croissants. Cet argument a été développé par Brander et Spencer (1985). Les spécialisations internationales ne reposent plus tant sur les avantages comparatifs que sur la capacité des pays de tirer avantage des effets dynamiques, sur le plan des rendements d'échelle et de la différenciation des produits notamment, que permet l'accès à des marchés plus larges. Les pouvoirs publics sont amenés à intervenir pour aider les producteurs nationaux à se développer et à atteindre les tailles d'efficacité qui leur permettront de capter les rentes de situation que procurent aux entreprises déjà établies les rendements croissants. Voir à ce sujet Douglas A. Irwin, *Against the Tide. An Intellectual History of Free Trade*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

concurrence internationale et que les barrières institutionnelles à l'entrée soient levées, on préfère s'en tenir, faute de mieux, à la « règle de la raison » et au « cas par cas », quitte à se rabattre, au niveau international, sur le vieux principe de courtoisie qui veut qu'un État s'abstienne volontairement d'agir lorsque ses interventions risquent de menacer les intérêts d'un autre État⁷⁰ !

Le problème, c'est qu'à partir du moment où les gouvernements se sont donné pour mandat d'arrimer la croissance économique nationale à l'insertion compétitive de l'économie dans l'économie mondiale, le commerce, la concurrence et l'investissement forment un trinôme indissociable et les politiques s'y rapportant participent d'une forme renouvelée de mercantilisme adapté au contexte de la globalisation, soit le « mercantilisme transnational » pour reprendre la formule de Graz⁷¹. De surcroît, il revient également aux États de voir à ce que les intérêts nationaux, désormais portés par les investissements à l'étranger et d'une manière générale par l'ensemble du « secteur extérieur », nouveau moteur de la croissance économique, ne soient pas non plus affectés par les pratiques déloyales des

⁷⁰ On ne peut s'empêcher de citer ici deux extraits du rapport de l'OMC, tant il est instructif de l'écart qui peut séparer la théorie des faits : « Il n'existe pas de modèle global de la concurrence imparfaite qui puisse guider dans tous les cas l'action des responsables de la concurrence. L'analyse doit tenir compte à la fois des concurrents potentiels et des concurrents effectifs, des gains d'efficience qui peuvent découler des pratiques commerciales restrictives, des conséquences des décaissements en matière de concurrence sur la croissance économique, etc.. Et si certains types de comportements anticoncurrentiels flagrants comme la fixation des prix et la segmentation horizontale des marchés, devraient selon la plupart des observateurs être interdits en soi, un grand nombre de décisions doivent se fonder sur la règle de la raison. » (OMC, 1997, *op. cit.* p. 56). « Le risque de décisions préjudiciables au bien-être des partenaires commerciaux est particulièrement grand dans le cas d'une approche fondée sur le bien-être national total, selon laquelle l'efficience des producteurs nationaux compense les coûts pour les consommateurs. Mais, même lorsque le bien-être des consommateurs est un facteur prédominant, il peut y avoir divergence entre les effets sur le bien-être national et les effets sur le bien-être à l'étranger, l'exemple le plus frappant à cet égard étant les ententes à l'exportation. » (OMC, 1997, p. 37)

⁷¹ L'exemple le plus flagrant est sans aucun doute celui des cartels à l'exportation. En règle générale, les pays où les ententes sont formées ont tendance à les exempter puisqu'elles ont des effets externes que les politiques de la concurrence ne prennent pas en considération. Par contre, les pays qui en sont la cible vont chercher à les bloquer en invoquant leurs effets préjudiciables sur leur propre marché. En clair, les lois nationales exemptent les cartels à l'exportation formés sur le marché national, mais s'appliquent par contre aux cartels à l'exportation d'entreprises étrangères, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. Des propositions ont été faites en vue d'éliminer les exemptions pour les cartels à l'exportation, mais ces dernières suscitent toutefois une grande résistance, notamment au Canada où l'exemption des cartels à l'exportation est justifiée en vertu du critère d'efficacité, mais aussi pour des raisons qui tiennent à l'importance pour l'économie canadienne des exportations, de matières premières en particulier. Notons qu'en mars 1998, une recommandation de l'OCDE aborde les ententes « injustifiables », mais sont exclus les accords qui sont liés à la réalisation d'éléments d'efficience, qui sont exemptés ou autorisés par les lois

concurrents, entreprises et États confondus. Aussi, l'assouplissement observé des politiques de la concurrence se double d'un autre phénomène : l'internationalisation des politiques de la concurrence.

Le fait est les États ont de plus en plus tendance à élargir la portée juridictionnelle de leurs législations, ne serait-ce qu'en raison d'une frustration grandissante que ce soit à l'égard de la mise en œuvre effective des politiques de concurrence étrangères, des considérations stratégiques qui traversent l'application des lois nationales ou encore des effets d'une transnationalisation qui tend à échapper aux normes de la gouvernance traditionnelle. Il s'agit de protéger le marché domestique contre les pratiques anticoncurrentielles étrangères, mais aussi, plus récemment, particulièrement dans le cas des États-Unis, de défendre les intérêts des entreprises sur les marchés internationaux⁷². Avec le résultat que le renforcement des lois contre les pratiques anticoncurrentielles étrangères provoque, en retour, le développement de mécanismes de défense contre l'application unilatérale de lois étrangères⁷³. Le cas des fusions illustre clairement le problème : les autorités ont de plus en plus tendance à les encourager lorsqu'il s'agit d'entreprises nationales mais, par contre, elles cherchent à les bloquer lorsqu'elles jugent que l'impact de l'opération sur la concurrence interne est négatif. Les controverses sont d'autant plus significatives que les fusions internationales se multiplient, que plusieurs systèmes de lois s'appliquent⁷⁴, et,

nationales. Voir à ce sujet, entre autres J. Ordover et L. Goldberg, *Obstacles aux échanges et à la concurrence*, Paris, OCDE, 1993.

⁷² L'application des lois antitrust américaines est maintenant autorisée lorsqu'il est question de l'accès des entreprises américaines aux marchés étrangers. Depuis, 1982, le *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* définit les compétences des autorités américaines au niveau international. Au départ, il était requis d'établir si les pratiques avaient des effets sur les consommateurs ; depuis 1992, il n'est plus nécessaire de répondre à cette exigence. En 1995, une cour fédérale d'appel a confirmé, dans une affaire relative à une entente de producteurs japonais de papier pour télécopieur, que le ministère pouvait poursuivre des comportements anticoncurrentiels qui ont des effets sur le commerce des États-Unis.

⁷³ Par exemple, la loi canadienne comporte des dispositions spécifiques pour bloquer les jugements étrangers et l'application de mesures antitrust étrangères qui sont contraires aux intérêts du Canada. Aussi la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* vise toute mesure extraterritoriale qui a des incidences sur la concurrence, sur l'efficacité du commerce et de l'industrie au Canada, et sur le commerce international.

⁷⁴ Dans le cas DeHavilland/Aerospatiale-Alenia, en 1992, l'Union Européenne a ainsi bloqué la transaction alors que le Canada l'avait autorisée. Depuis, la Commission Européenne s'est opposée à plusieurs transactions "nationales" étrangères notamment dans le cas Boeing-McDonnell Douglas ou encore dans le cas WorldCom/Sprint, bien que dans le premier cas, une solution ait été trouvée et que dans l'autre cas, les États-Unis se soient aussi opposés à la fusion. En juillet 2001, elle s'est là encore opposée

surtout, que l'application extraterritoriale des lois antitrust remet en cause le principe de souveraineté nationale.

Mais ce n'est pas tout : comme s'en inquiète l'OMC⁷⁵, si les marchés internationaux sont de plus en plus « ouverts », les entreprises font face à de nouveaux obstacles : réseaux de distribution fermés, alliances stratégiques, manque de transparence dans les réglementations et leur application, etc.... Comme le note Ostry,⁷⁶ « la nouvelle arène internationale se trouve désormais à l'intérieur des frontières ». Il n'en demeure pas moins que les négociations commerciales butent actuellement sur les conditions de la concurrence qui existent à l'intérieur des frontières nationales et affectent les conditions d'entrée de la concurrence étrangère sur les marchés « domestiques ». Certaines pratiques publiques mais aussi privées peuvent contredire l'existence d'un régime commercial libre-échangiste. C'est d'ailleurs ce que les États-Unis ont tenté de faire valoir à l'OMC dans l'affaire Kodak-Fuji lorsqu'ils se sont plaints du fait que le Japon tolérât une structure de marché laissant libre cours aux pratiques anticoncurrentielles de Fuji visant à bloquer les exportations de Kodak vers le marché japonais de pellicules photographiques. Un autre cas maintenant célèbre, qui fait intervenir l'aide publique, est le différend qui oppose le Brésil et le Canada depuis 1997 dans le domaine de l'aérospatiale⁷⁷. Ces deux exemples, parmi d'autres⁷⁸, illustrent à quel point les différences structurelles entre les marchés et

au rachat de Honeywell par General Electric après avoir émis de fortes réticences quant aux effets de cette transaction sur la possibilité que General Electric puisse imposer ses moteurs et son avionique par le biais de son rôle financier dans les contrats aéronautiques que lui procure GE Capital Aviation. Le blocage de cette opération entre deux entreprises américaines provoquera sans doute le durcissement de l'attitude américaine face à l'Union Européenne et des débats importants sur la coopération en matière de concurrence déjà bien établie entre les autorités européennes et américaines.

⁷⁵ Voir OMC, *Rapport annuel 1997*, volume 1, *Dossier spécial : Le commerce et la politique de la concurrence*, Genève, 1997. Voir aussi États-Unis, Dept of Justice, *International Competition Policy Advisory Committee Report, 2000* (www.usdoj.gov/atr/icpac) qui traite notamment des problèmes d'accès des entreprises américaines liés à la concurrence.

⁷⁶ S. Ostry, « Au-delà des frontières : le nouveau champ de la coopération internationale », dans OCDE, *Les industries stratégiques dans une économie globale : questions pour les années 90*, Paris, OCDE, 1991, p. 97.

⁷⁷ Le Canada s'est plaint des avantages déloyaux de Embraer découlant d'un programme de promotion des exportations tandis que le Brésil s'est plaint des subventions obtenues par Bombardier de la part du gouvernement canadien pour favoriser la R&D.

⁷⁸ Dans le cas des États-Unis, le rapport du *International Competition Policy Advisory Committee* donne un aperçu des préoccupations des États-Unis en ce qui a trait aux effets des pratiques anticoncurrentielles

les politiques gouvernementales sont désormais au centre des problèmes d'accès au marché. Ils montrent aussi que le libre-échange n'est pas un substitut au droit de la concurrence, mais qu'au contraire, celui-ci soulève plus que jamais le problème du contrôle des pratiques anticoncurrentielles à d'autres niveaux que le niveau national : l'enjeu consiste à éviter que la politique commerciale et la politique de la concurrence ne se contredisent, d'où l'intérêt d'en arriver à un accord sur les mesures anticoncurrentielles qui touchent au commerce (MAC)⁷⁹.

Plus généralement, il est question de faire en sorte que les États prennent en considération les effets directs et indirects que les politiques économiques pourraient avoir sur la concurrence, de faire de la politique de la concurrence un élément clé de l'élaboration des politiques économiques et d'appliquer le droit de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles d'une manière cohérente⁸⁰. Certains accords de l'OMC, notamment celui sur les télécommunications de base et celui portant sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ont d'ailleurs incorporé des mesures relatives à la concurrence. Mais l'approche reste très circonscrite et rien n'indique, pour le moment encore, que les États soient prêts à s'engager trop loin dans l'élaboration de règles communes. Il est d'ailleurs fort significatif d'observer que, dans le cas des Amériques, il n'est aucunement question d'aborder la question de cette façon. Au contraire, l'approche qui a été retenue est de préserver la double autonomie, celle des États et celle des marchés, ce qui, au demeurant, correspond tout à fait au point de vue des États-Unis en la matière, soit de laisser jouer la concurrence entre les entreprises mais également entre les politiques publiques. Tout au plus l'ALÉNA comporte-t-il un chapitre particulier traitant de la concurrence, le chapitre 15, qui demande aux États de favoriser la concurrence, cela en appliquant les lois nationales existantes, et de coopérer entre eux. Un groupe de travail a aussi été mis en place afin d'étudier certaines questions, notamment les liens entre politiques commerciales et politiques de la concurrence et la question des fusionnements internationaux. Par

sur l'accès au marché de leurs partenaires commerciaux. Mentionnons que le Canada a été la cible des États-Unis dans une affaire relative à l'accès aux marchés des périodiques et ceux-ci ont déposé une plainte à l'OMC contre certaines mesures gouvernementales canadiennes. L'OMC a conclu en faveur des États-Unis.

⁷⁹ P. A. Messerlin "Politiques commerciales et de la concurrence", *Revue Économique*, vol. 46, no. 3, mai 1995, pp. 717-726.

⁸⁰ CNUCED, *Concentration of Market Power and its Effects on International Markets*, New York, Nations Unies, 1993.

contre, conformément à l'approche américaine qui est de « niveler le terrain », on retrouve, dans l'accord, des dispositions extrêmement fortes, nouvelles d'ailleurs, en matière d'accès aux marchés publics, de protection de la propriété intellectuelle, d'obstacles techniques au commerce, etc. Parallèlement, un travail se fait pour rapprocher les législations et réglementations canadiennes et mexicaines de celles des États-Unis dans de nombreux domaines, et des ententes bilatérales de coopération ont été signées entre les États-Unis et ses deux voisins, dans le but de faciliter l'échange d'informations entre les autorités responsables de l'application des lois de la concurrence⁸¹.

En ce qui a trait au projet des Amériques, on retrouve la même position de principe, à savoir qu'aucune législation ni autorité régionale ne sera établie en matière de concurrence. Et, comme dans l'ALÉNA, on retrouve l'idée de « niveler le terrain » dans les différents domaines jugés prioritaires en matière d'accès aux marchés (dans la première ébauche d'accord, les dispositions sont essentiellement calquées sur celles de l'ALÉNA). La nouveauté, par contre, vient du fait qu'un groupe de négociation particulier a été mis sur pied pour traiter des questions de la concurrence, ce qui est loin d'être anodin, dans la mesure où la majorité des pays n'ont ni loi sur la concurrence ni autorité compétente en la matière. Sur ce point, le mandat de ce comité est clair : chaque pays devra avoir des règles transparentes et disposer d'une autorité responsable en matière de concurrence, ce qui va d'ailleurs dans le sens des efforts récents entrepris par le FMI et la Banque mondiale pour implanter des codes et des règles de conduite en matière de gouvernance. Mais le mandat du comité va plus loin encore : il s'agit de faire en sorte que les dispositions institutionnelles en matière de concurrence incluent, entre autres, les marchés publics, les entreprises d'État et les « monopoles officiels ». Autrement dit, il s'agit de faire entrer dans les législations nationales des dispositions qui font l'objet de chapitres particuliers et, ce faisant, d'amorcer un double mouvement, d'uniformisation des textes, d'une part, et d'emboîtement des dispositions particulières dans une législation cadre dont la portée ira au-delà de toute disposition particulière, d'autre part.

En somme, et pour résumer notre propos, si le droit de la concurrence a été relâché sous l'influence des nouvelles approches théoriques, il l'a également été pour des raisons plus stratégiques d'efficacité et de compétitivité internationale. En

⁸¹ Un accord de coopération a été signé par les États-Unis et le Mexique en 2000, sur le modèle signé par les premiers avec le Canada.

se « désengageant », les États n'ont pas capitulé ; ils ont plutôt changé les paramètres de leurs politiques, et celles-ci visent désormais à orienter et à définir les modalités d'insertion des économies nationales dans l'économie mondiale de la manière la plus favorable possible⁸². Que dans ce nouveau contexte, ce soient surtout les FMN qui tirent leur épingle du jeu, cela ne fait aucun doute ni ne doit trop nous surprendre. Celles-ci cherchent à accroître leur espace de liberté afin de consolider leur présence au sein d'une économie globalisée marquée par des changements technologiques rapides et une contestabilité accrue des marchés. Mais, parallèlement, l'exploitation des différences nationales, voire infra-nationales ou régionales, que viennent paradoxalement exacerber l'ouverture des marchés et les politiques d'attractivité, a aussi pour effet d'offrir aux FMN de nouvelles opportunités d'accroître leur pouvoir oligopolistique, au moins de créer un environnement extrêmement favorable à l'apparition de positions dominantes sur les marchés et au développement d'importants effets d'éviction sur les marchés locaux les plus vulnérables.

Le second constat que nous pouvons faire, c'est que, si l'on assiste à un durcissement des règles nationales face aux pratiques déloyales étrangères et, parallèlement, à une internationalisation des politiques de la concurrence, la quasi absence de règles internationales fait en sorte que l'on assiste à un double phénomène, de multiplication et d'exacerbation des différends entre les pays, mais aussi de multiplication des accords bi- ou plurilatéraux dont l'objet est d'introduire plus de transparence et de trouver les moyens d'uniformiser les législations nationales. Que, là encore, dans ce nouveau contexte, ce soient les pays les plus puissants qui tirent le mieux leur épingle du jeu ne doit pas nous étonner. Le rapport de force joue d'autant en leur faveur que, d'une part, l'accès à leurs marchés fait l'objet d'un marchandage inégal et que, d'autre part, pour eux, l'enjeu principal

⁸² Un exemple nous est donné par la position officielle du Canada dans les négociations sur l'AMI. Elle s'inscrit à l'intérieur de trois grands paramètres. Tout d'abord, s'il a toujours été une terre d'accueil en matière d'investissements étrangers, le Canada est cependant affecté par deux nouvelles tendances : avec la libéralisation généralisée et la globalisation concomitante des entreprises, celui-ci a vu sa part reculer dans les investissements internationaux ; d'un autre côté, si le Canada dispose de nombreux avantages comparatifs, il est aussi confronté à la concurrence très vive des pays pour attirer les investissements. Le second paramètre est la croissance très forte des investissements canadiens à l'étranger ; la sécurité d'accès et l'établissement de règles en matière de différends sont devenus des questions prioritaires. Enfin, petit pays, le Canada entend défendre la souveraineté : les règles nationales doivent pouvoir s'appliquer, et ce sans que cela entraîne des formes de concurrence indirecte (abaissement des normes) ; il doit disposer aussi de clauses d'exception pour mener les politiques nationales dans les domaines sensibles comme la culture, les secteurs des transports, des minéraux, du pétrole, la santé, etc.

de la globalisation ne se limite pas à la seule ouverture des marchés, il s'étend à la mise en place d'un environnement institutionnel qui soit favorable au déploiement des activités des FMN sur tous les marchés. En ce sens, l'examen des évolutions dans le domaine de la concurrence montre clairement que la protection de l'investissement va bien au-delà des engagements souscrits et qu'il doit s'étendre également au droit de la concurrence et, d'une manière générale, à l'ensemble des dispositifs législatifs et réglementaires qui touchent de près ou de loin à l'activité des firmes. Ou pour dire les choses plus simplement, l'accès aux marchés passe dorénavant par un modèle de « bonne » gouvernance qui requiert des États l'ajustement à l'approfondissement du principe concurrentiel et qui suppose aussi, dans son volet privé, l'autodiscipline des marchés et des acteurs privés.

LE RÉGIONALISME COMME VOIE OBLIGÉE OU COMME MODÈLE ?

On se trouve donc devant des États qui prennent acte des liens de plus en plus complexes et paradoxaux entre l'environnement national et la croissance des entreprises, qui sont caractéristiques de la dynamique concurrentielle inhérente à la globalisation économique. Les gouvernements sont devenus beaucoup plus sensibles aux effets de leurs politiques sur les stratégies corporatives en matière d'investissement de même qu'aux interactions multiples qui existent entre la performance des entreprises sur les marchés internationaux et le milieu dans lequel elles évoluent. Si la notion micro-économique de compétitivité soulève de multiples problèmes théoriques lorsqu'elle est étendue au cadre d'une nation⁸³, on reconnaît aujourd'hui que la compétitivité d'une entreprise dépend non seulement des ressources et du dynamisme qu'elle tire de sa propre organisation, mais également des économies externes qu'elle tire de son environnement.

D'un autre côté, alors que les entreprises visent à accroître leur marge de manœuvre dans un environnement sécuritaire, les États semblent, de leur côté, réticents à l'idée de leur imposer des contraintes. Ceux-ci font ainsi face à deux problématiques contradictoires. D'un côté, ils doivent prendre des mesures pour garantir une concurrence effective sur leur marché national et respecter leurs engagements face au libre-échange. Et, d'un autre côté, ils sont amenés à adopter des approches plus souples en matière de concurrence interne, afin de favoriser la compétitivité des entreprises nationales au sein de l'économie mondiale, en supposant par ailleurs que la contestabilité du marché national sera assurée par la concurrence qui se joue au niveau d'une économie désormais mondiale. Cette contradiction est d'autant plus significative que les États doivent eux-mêmes faire preuve d'autodiscipline, alors qu'il devient plus impératif, et donc justifié, de développer de nouveaux moyens pour favoriser la compétitivité des entreprises et

⁸³ Voir à ce sujet David R. Rapkin et Jonathan R. Strand, «Competitiveness : Useful Concept, Political Slogan, or Dangerous Obsession?», dans D.R. Rapkin et W. L. Averry, *National Competitiveness in a Global Economy*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1995, pp. 1-20.

du territoire. Le résultat en est que cet objectif pousse les États à développer des stratégies qui sont parfois irréconciliables avec la suppression des pratiques déloyales et le contrôle de la concentration. Chose certaine, les interactions qui existent entre les stratégies des entreprises et celles des gouvernements suggèrent qu'il s'avère difficile de parvenir à réglementer les pratiques anticoncurrentielles, tant et aussi longtemps que les entreprises et les États refuseront de voir leur marge de manœuvre réduite.

Les États reconnaissent bien évidemment l'importance, sinon l'urgence de la coopération internationale, maintenant que l'on assiste, d'un côté, à l'émergence de positions dominantes sur les marchés et à l'apparition de pratiques anticoncurrentielles qui échappent aux règles de la concurrence, et de l'autre, à des formes nouvelles de rivalité systémique entre eux. Dans le domaine de la concurrence par exemple, on observe que les États font de plus en plus usage du principe de courtoisie⁸⁴ et que certains accords de l'OMC ont incorporé certains principes de concurrence, notamment l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), celui sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et celui sur les télécommunications de base. Les travaux s'orientent également vers un accord-cadre sur les mesures anticoncurrentielles touchant au commerce (MAC) qui mettrait de l'avant des principes et des procédures de base. Mais au-delà de ces mesures et des quelques propositions qui ont pu être faites pour établir des règles internationales en matière de concurrence⁸⁵, rien de très concret n'a vraiment

⁸⁴ Ce principe limite les effets extraterritoriaux de l'application des politiques de la concurrence qui pourraient être préjudiciables aux entreprises étrangères et aux partenaires commerciaux et il peut réduire les conflits internationaux. Depuis quelques années, le principe de courtoisie positive permet aussi de coopérer dans l'application des dispositions de la politique de la concurrence et non plus simplement de restreindre leur application. L'application de ce principe reste volontaire et dépend de l'esprit de coopération qui existe entre les autorités nationales concernées.

⁸⁵ Ainsi, par exemple, la création d'une autorité antitrust responsable de faire appliquer des règles communes et harmonisées de concert avec les autorités nationales ; la création d'un *International Competition Policy Office* qui obligerait les États à prendre des mesures en ce qui concerne l'élimination des exemptions des cartels commerciaux, l'abus de position dominante sur les marchés internationaux et les procédures d'approbation des fusions ; une coopération bilatérale accrue et l'élaboration d'un accord plurilatéral dans le cadre de l'OMC sur certains principes de base, qui serait mis en œuvre par les autorités nationales. Voir notamment à ce sujet, W. Fickentscher et al (dir.) *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995 ; F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World*, Washington D. C., The Brookings Institute, 1994. Commission des Communautés européennes, *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial : renforcement de la coopération et des règles*

abouti jusqu'à présent, dans la mesure où les négociations multilatérales butent sur des problèmes quasiment insolubles, tant les institutions et les règles internationales existantes sont datées et inadaptées, à commencer par l'OMC qui ne traite ni de l'investissement ni de la concurrence⁸⁶.

Il est désormais évident que les négociations internationales, particulièrement à l'échelle régionale comme c'est le cas dans les Amériques, portent de plus en plus sur les cadres normatifs d'une intégration en profondeur, fondée sur les réseaux transnationaux, et non plus sur une intégration qui repose sur les États et les flux commerciaux. Ces nouveaux cadres normatifs devront trouver une solution au dilemme suivant. Ils devront, d'une part, répondre aux demandes des entreprises, lesquelles sont orientées vers plus de protection et de liberté, ce qui favorise l'émergence de positions dominantes sur les marchés mondiaux et remet en question l'autonomie des États. Et, d'autre part, ils devront prendre acte du fait que les États souhaitent attirer les investissements et mieux se positionner dans une économie globalisée, ce qui engendre de nouveaux conflits et accentue les inégalités entre les États. Le problème est en quelque sorte d'effectuer les arbitrages qu'impose un triangle impossible en économie politique internationale, qui consiste à conjuguer l'autonomie des marchés, la régulation internationale et la souveraineté des États.

1. Le triangle de la coopération économique internationale

Le triangle d'incompatibilité en économie politique internationale nous permet en effet de supposer que les formes que prendront les nouveaux cadres normatifs s'inscriront à l'intérieur de l'un ou l'autre des deux grands modèles suivants. Le premier modèle, que nous pouvons qualifier de légaliste, qui consiste à subordonner la liberté des acteurs privés et publics au respect du bien commun (ce qui implique la formulation d'un droit fondé sur des règles, normes et standards

au niveau international, Rapport du groupe d'experts, Bruxelles, Office des publications officielles des communautés européennes, 1995.

⁸⁶ Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement visait à sanctionner un cadre institutionnel qui soit à la fois plus sécuritaire, plus transparent, plus prévisible et plus propice à l'investissement international d'une part, et qui établisse des règles communes de concurrence loyale entre les États, d'autre part. D'une certaine façon, il s'agissait d'institutionnaliser par un accord multilatéral un ensemble de principes déjà reconnus dans les multiples accords bilatéraux ou régionaux signés dans le monde. Voir à ce sujet, Julius De Anne, «International Direct Investment : Strengthening the Policy Regime», dans Peter B. Kenen (dir.), *Managing the World Economy*, Institute for International economics, Washington, 1994. Voir également, Edward M. Graham, *Rivalité sur les marchés internationaux et nouveaux enjeux pour l'Organisation mondiale du commerce*, Industrie Canada, Document de discussion n° 6, février 1998.

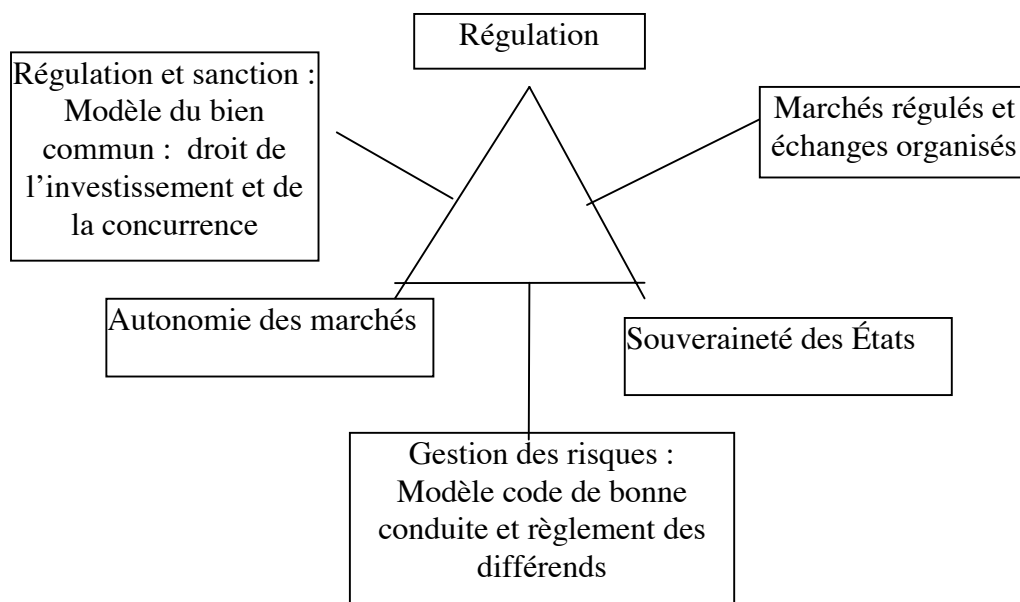
qui reposent, eux-mêmes, sur des valeurs partagées et qui ont préséance sur l'autonomie décisionnelle des acteurs publics et privés). Quant au second, il en appelle à l'autodiscipline et à l'établissement de codes de conduite (*soft law*) pour gérer les risques systémiques liés à l'exercice incontrôlé et potentiellement abusif de la liberté.

L'idée centrale du « triangle impossible » est la suivante : si les cadres normatifs doivent s'articuler autour de trois éléments principaux, soit l'autonomie des marchés, la régulation et la souveraineté des États, il est impossible de les réunir tous les trois dans une même option. Le dilemme est le suivant : comment à la fois réglementer la concurrence, tirer avantage de la globalisation des marchés et préserver la souveraineté des États ? Le couplage de deux éléments se fait nécessairement au détriment du troisième. Une fois éliminée l'option, irréaliste aujourd'hui, du tout contrôle⁸⁷, il ne reste que deux options : soit 1) une coopération couplée à une régulation des marchés, mais qui se fait au détriment de la souveraineté des États et de la liberté des marchés (perte de liberté) ; soit 2) une liberté des marchés couplée à la souveraineté des États, auquel cas la régulation passe par l'autodiscipline des acteurs et l'adhésion à des codes.

Deux problèmes se posent toutefois, Dans le premier cas, il s'agit de déterminer jusqu'où pousser la règle commune, ce qui revient à poser la question de la limite jusqu'à laquelle les acteurs privés et publics sont prêts à aller sur le plan de la perte d'autonomie pour les avantages communs que procure la règle de droit. Dans le second cas, il s'agit de déterminer la limite de l'autonomie des acteurs, ce qui revient à poser la question du risque que l'on est prêt à prendre en laissant aux acteurs privés et publics toute liberté décisionnelle. Ou, pour dire les choses autrement, de deux choses l'une. Ou les États acceptent, au nom de l'intérêt commun, de déléguer à des institutions supranationales le mandat de réguler les marchés et les relations économiques qu'ils entretiennent, mais cette option a un prix : le droit descend, de haut en bas, et la liberté des acteurs se trouve circonscrite par la règle de droit. Ou les États et les marchés conservent leur autonomie, mais le risque, dans ce cas, est de voir apparaître des situations de position dominante, sur les marchés comme entre les États, un risque qu'il

⁸⁷ Il existe bien une troisième option, celle d'une coopération internationale couplée à la souveraineté des États au détriment de la liberté des marchés, mais nous l'écartons tout de suite puisqu'elle coïncide avec une économie dirigée et des échanges organisés, ce qui nous apparaît loin des options envisagées actuellement.

reviendra aux acteurs privés et publics de circonscrire eux-mêmes par des codes de conduite et des règles de gouvernance.



La première de ces deux options, qui se rapproche du modèle européen, débouche sur un droit international de l'investissement et de la concurrence établi sur le modèle du bien commun, soit le modèle supporté jusqu'ici par les États nationaux. Sur la base d'un consensus sur le degré d'autonomie que les États acceptent de perdre et sur le degré de liberté qu'ils sont prêts à enlever aux marchés et aux acteurs privés, il s'agira alors de gérer le détournement des règles par les États (concurrence déloyale) et les entreprises (pratiques anticoncurrentielles et positions dominantes), en disposant d'institutions supranationales appropriées.

Dans l'autre option, qui correspond à l'approche défendue par les États-Unis et à la situation qui prévaut généralement au niveau international, il s'agira plutôt de circonscrire le risque de marché et le risque souverain en développant des codes de conduite et de gouvernance (privée et publique), voire de mettre en place des mécanismes juridiques, comme les mécanismes de règlement des différends, par exemple, qui veilleront au respect des engagements pris⁸⁸. Dans ce cas, les États

⁸⁸ Comme le fait remarquer Hubert Curien, la notion de risque peut être prise dans deux sens différents, soit comme instrument de mesure, et donc de réduction de l'incertitude, soit comme producteur d'incertitude. À l'idée de risque est associée celle de prévention. (Entretien, dans Problèmes

doivent pouvoir dégager un consensus sur les règles minimales ou les mécanismes de gestion des risques dont il convient de doter les marchés et les relations inter-étatiques, tout en préservant l'autonomie des marchés et des acteurs privés, mais aussi celle des États en conformité avec le principe de souveraineté nationale. C'est en quelque sorte à la raison et à la modération des acteurs qu'on en appelle ici plutôt qu'à la raison supérieure du bien et de l'intérêt communs. Les récents débats autour du nouveau code prudentiel des banques que s'efforce péniblement d'établir le Comité de Bâle montrent cependant à quel point même là, il est bien difficile d'établir des règles, aussi minimales soient-elles.

Il convient de souligner que les arbitrages qui caractérisent les deux options impliquent des cadres normatifs et des modes de régulation des pratiques complètement différents. Il est bon d'aborder séparément les deux domaines de régulation, l'un économique et l'autre politique. Sur le plan économique, il faut définir lequel des principes de concurrence ou d'organisation doit réguler l'économie afin d'assurer stabilité et efficacité (État-firme), mais aussi à quel niveau il convient d'aborder l'arbitrage entre régulation et autonomie des marchés ou des acteurs privés, qui, eux-mêmes mettent en œuvre des pratiques qui vont à l'encontre du principe concurrentiel. Sur le plan politique, il faut choisir entre le principe de souveraineté et celui d'intérêt commun, mais cette entreprise repose en fait sur le type de rapports qui est privilégié dans le domaine économique, c'est-à-dire que si l'autonomie des marchés est préférée à la régulation, ce sera généralement le principe de souveraineté, qui correspond à une logique de cavalier seul, plutôt que le principe d'organisation, qui caractérisera le cadre normatif des échanges internationaux.

La dynamique actuelle joue actuellement en faveur de l'autonomie des acteurs, qu'ils soient privés ou publics, avec une nette emphase sur le principe concurrentiel. Les contraintes pour les acteurs sont de moins en moins inscrites au niveau national et il existe en la matière un vide institutionnel au niveau international. Même si certains reconnaissent que les FMN posent des problèmes

économiques, n° 2707, 4 avril 2001, pp. 22-24). Dans le cas présent, il s'agit surtout de prévenir et d'éliminer les éléments d'incertitude qui résultent des pratiques des acteurs, publics ou privés. C'est l'approche retenue par les institutions financières internationales en matière de transparence et de consolidation de l'architecture du système financier international. L'objectif est, par la transparence et le respect des codes, d'améliorer le fonctionnement des marchés internationaux et de réduire les risques systémiques.

de concurrence⁸⁹, le consensus qui se dégage, notamment au sein de l'OCDE, est plutôt qu'il faut améliorer les conditions de la concurrence sur les marchés internationaux, ce qui demande que priorité soit accordée à l'harmonisation des règles en matière de protection de l'investisseur et de son investissement⁹⁰. Il en est de la concurrence comme de l'investissement international, le temps des contrôles nationaux ou des codes de conduite à caractère contraignant qui en appellent aux devoirs des États comme des entreprises est aujourd'hui révolu. L'approche mise plutôt sur l'autodiscipline des acteurs privés, sur le respect des lois nationales existantes et sur la coopération internationale pour améliorer l'efficacité des lois nationales, autrement dit sur la coopération volontaire, entre les États mais aussi entre ces derniers et les FMN⁹¹. Mais d'un autre côté pourquoi en irait-il autrement dans la mesure où, dans un contexte d'intégration compétitive à l'économie mondiale, ces mêmes États ont adopté à l'égard des FMN et des IDE des stratégies qui visent tout autant à tirer parti de leur présence sur le territoire national⁹² qu'à soutenir, à promouvoir et à protéger les intérêts nationaux sur les marchés étrangers ?

⁸⁹ Voir CNUCED (2000), *Rapport sur l'investissement dans le monde 2000: Les fusions et acquisitions et le développement*; CNUCED (1997), *World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, New York et Genève, OMC (1997), *Rapport annuel 1997*, volume 1, *op. cit.*, Genève.

⁹⁰ Sur ce point, les positions des deux grands acteurs, les États-Unis et l'Union européenne sont, en pratique, irréconciliables. Les États-Unis sont plutôt favorables à une approche minimaliste fondée sur les lois existantes et les compétences nationales, complétée éventuellement par l'introduction de codes de conduite, alors que de son côté, l'Union européenne préconise plutôt une approche communautaire fondée sur l'application d'un droit communautaire encore aujourd'hui largement inspiré par la théorie traditionnelle sur les positions dominantes.

⁹¹ Le modèle en la matière est le Comité de Bâle qui s'efforce d'établir des règles de sécurité financière dans le domaine bancaire en impliquant aussi bien les autorités bancaires nationales que les grandes banques internationales. Cette voie montre cependant ses limites évidentes. Les banques considérant que l'accord obtenu sur les 25 principes fondamentaux étaient encore trop exigeant, la mise en application du nouveau code de conduite a été reportée en juillet 2001 et l'on ne prévoit guère d'entente pour le moment même si l'échéance prévue de 2004-2005 reste toujours présente.

⁹² Il peut s'agir d'incitations financières comme des primes ou des crédits bonifiés, d'incitations fiscales comme des exemptions d'impôts ou de droits d'importations, d'incitations foncières comme l'octroi de terrains ou de réductions de loyers, ou encore d'investissements sur le plan des infrastructures. Sur les coûts de cette concurrence entre les États, voir Low (1995). Comme l'écrit l'OMC dans son rapport de 1997, « se laisser entraîner dans une compétition pour attirer un projet d'IDE équivaut à envoyer des fonctionnaires à une vente aux enchères pour faire des offres sur un bien dont la valeur réelle est en grande partie un mystère pour le pays » (OMC, 1997, p. 71).

Il en résulte un processus de privatisation de la régulation. Certes, les options institutionnelles, comme l'a souligné Coase, ne se limitent pas à l'opposition marché-état et, avec la globalisation, la notion de privatisation de la régulation économique s'impose de plus en plus. Celle-ci repose sur l'idée que, tout en admettant quelques défaillances ici et là, les entreprises sont mieux placées que les institutions publiques pour « gérer » l'économie et développer des normes qui seront efficaces. La privatisation de la régulation économique est un phénomène très réel et les développements à cet égard sont très nombreux. Les entreprises peuvent-elles être socialement responsables du bien-être mondial comme le supposent des initiatives à l'image de celle d'un Global Compact ? Il s'agit, non seulement de créer un environnement institutionnel adéquat pour tirer les bénéfices de la globalisation, mais aussi de faire reposer la création de biens communs à l'échelle internationale sur les acteurs privés qui respecteraient certains grands principes, neuf (9) en l'occurrence dans le cas de Global Compact. L'établissement de certaines normes émanant des pratiques privées est certes une piste intéressante, mais il demeure que la cohérence systémique ne peut véritablement reposer sur la rationalité des acteurs privés⁹³. Comment en effet s'assurer de l'application efficace de ces normes ? Comment ne pas voir dans les codes de conduite des entreprises une tentative de leur part se présenter en tant qu'entreprises « responsables » et « engagées » sans se voir imposer quelques contraintes⁹⁴ ? Comment concevoir que les États décident d'imposer et de faire appliquer ces codes ? Quel sera le rôle des institutions internationales dans la « surveillance » de ces codes ? La question reste ouverte et, bien qu'elle soit intéressante, puisqu'il ne serait pas sage d'écarter des voies de dépassement aussi douteuses qu'elles puissent être, on ne saurait se départir d'un certain regard critique face à ces

⁹³ Il est intéressant de relever que le FMI intègre désormais au débat sur les codes et standards les initiatives en provenance du secteur privé et que, lui-même en concertation avec les autres grandes institutions internationales, collabore étroitement avec les organisations privées internationales, qu'il s'agisse des chambres de commerce, des associations professionnelles, des firmes de consultants, etc.

⁹⁴ Plusieurs exemples pourraient être cités. Contentons-nous de mentionner que les efforts de Nike n'ont pas été concluants et que, dans le cadre de l'établissement d'un code de conduite pour les entreprises opérant en Chine, les États-Unis n'ont pu qu'adopter un code très souple assorti de principes vagues, qui ne prévoit aucun mécanisme d'application.

développements⁹⁵. Qu'à cela ne tienne, la tâche est complexe et force est de constater qu'elle est si complexe au niveau multilatéral qu'il est peu surprenant de voir que les arbitrages s'opèrent de plus en plus au niveau régional, d'où l'intérêt de voir ce qui se dessine dans les Amériques⁹⁶.

2. Les États-Unis et le régionalisme dans les Amériques

Nombreux sont ceux qui, aujourd'hui, pensent qu'il est possible de trouver dans le régionalisme un élément de réponse à ces différents problèmes et, partant, de redonner vie au multilatéralisme en créant au niveau régional ou plurilatéral des précédents qu'il s'agirait de faire ensuite reconnaître et accepter au niveau multilatéral par tous les membres de l'OMC. L'avantage de la formule est double : d'une part, elle permet de contourner le problème de la négociation entre un trop grand nombre d'États, et, d'autre part, elle revient à octroyer à certains États et à leurs associés le privilège de définir les règles qu'il reviendra ensuite aux autres de respecter⁹⁷.

C'est ce qui se passe dans les Amériques : les accords commerciaux, voire de coopération économique, introduisent d'importantes innovations institutionnelles qui laissent à penser que la voie bilatérale, plurilatérale ou régionale peut servir de levier pour faire avancer les négociations à d'autres niveaux. Toutefois, trois choses ressortent. Premièrement, le modèle suivi repose sur la double prémisse de l'autonomie de l'État et du marché ; deuxièmement, il vise à étendre toujours davantage le champ des droits économiques des entreprises ; et troisièmement, le modèle est mis en place dans un contexte de négociation qui laisse peu de marge de manœuvre aux acteurs publics.

Les critiques du régionalisme sont peu nombreuses. Mais on ne peut s'empêcher de constater que, dans un contexte d'intégration compétitive à l'économie mondiale, l'accès privilégié et sécuritaire à un grand marché apparaît le plus souvent pour un petit pays comme une voie obligée, sinon comme un moyen

⁹⁵ Voir à ce sujet Claire A. Cutler, Claire A, «Global Capitalism and Liberal Myths : Dispute Settlement in Private International Trade Relations», *Millennium : Journal of International Studies*, vol. 24, no. 3, 1995, pp. 377-397.

⁹⁶ Voir les remarques fort intéressantes de Alain Pellet à ce sujet dans : «Vers une mondialisation du droit international», dans S. Cordellier et F. Doutant, *Mondialisation. Au-delà des mythes*, Paris, La Découverte / Les dossiers de l'État du monde, 1997.

commode de répondre aux contraintes de cette intégration. Quitte à faire court, c'est la raison pour laquelle le Canada, puis le Mexique, et aujourd'hui tous les pays du continent, à l'exception notable de Cuba, se sont tournés vers les États-Unis. Pour les États-Unis cependant, le problème est différent. Contrairement à ce que dit Bhagwati, le problème n'est pas qu'à leur tour, ils se soient laissé prendre par les sirènes du régionalisme, mais plutôt que celui-ci participe d'une approche qui vise à faire avancer en parallèle et en interaction deux projets, un projet d'intégration hémisphérique et un projet de reconstruction de l'ordre économique mondial. Une rapide mise en perspective s'impose ici.

L'ambiguïté de la politique commerciale américaine a souvent et maintes fois été pointée du doigt. Trois points doivent cependant être relevés. Tout d'abord, d'une présidence à l'autre, la même ligne directrice a toujours guidé la politique commerciale américaine depuis la Guerre⁹⁸. Cette politique s'articule autour de trois axes principaux, soit l'ouverture multilatérale des marchés, l'établissement de la primauté de la règle de droit dans les relations commerciales, et le *leadership* des États-Unis dans les affaires économiques internationales. Cette approche, qui fait du commerce le vecteur d'une prospérité partagée et le garant de la paix et du progrès, a pour première conséquence de faire du commerce, de la prospérité et de la sécurité les trois composantes d'un trinôme, et pour seconde, de donner à la politique commerciale un statut particulier, à côté de la politique économique et de la politique étrangère. Le libre-échange est donc beaucoup plus qu'un simple objectif de politique commerciale. Il s'agit également d'un « objectif majeur de la

⁹⁷ C'est le principe des conventions signées dans le cadre de l'OCDE ou dans le cadre des travaux du Comité de Bâle sur les pratiques bancaires, par exemple.

⁹⁸ Les principes se retrouvent énoncés dans le rapport présenté par les États-Unis à l'occasion du premier examen de leur politique commerciale au GATT en 1992. « La politique commerciale des États-Unis vise à réduire les obstacles, les distorsions qui faussent les échanges, tant dans le pays qu'à l'extérieur, de façon que les forces du marché puissent jouer librement et que le commerce puisse se développer. Ces mesures devraient contribuer à relever les niveaux de vie, à promouvoir le plein emploi et à développer la production de biens et de services. (...) La politique commerciale des États-Unis, comme celle qu'ils mènent dans tous les domaines, est fondée sur la foi dans la suprématie du droit et l'efficacité de l'économie de marché. Tous les aspects de leur politique économique ont pour but d'accroître la prospérité du peuple américain et de contribuer au progrès économique mondial. (...) L'un des principes fondamentaux de la politique commerciale des États-Unis est qu'il faut promouvoir un système de commerce multilatéral fondé sur des règles claires et efficaces, s'appliquant à tous les participants. (...) De façon générale, la politique américaine a pour objet d'éliminer les pratiques commerciales déloyales, ainsi que les mesures protectionnistes et autres politiques qui faussent les échanges, dans le pays et à l'extérieur. (...) » GATT, *Examen des politiques commerciales*, États-Unis, Genève, Vol. 2, 1992, p. 8)

politique économique domestique », et un moyen de réduire « les risques de conflits provoqués par la frustration économique »⁹⁹.

Ensuite, ce n'est pas à proprement parler à la raison ou à la bonne volonté que les États-Unis en appellent en matière d'ouverture commerciale, mais à la règle de droit, une règle de droit qui doit être le point d'aboutissement d'une coopération institutionnalisée et d'une adhésion universelle à un ensemble de principes fondamentaux, dont les deux principaux sont l'égalité de traitement et la liberté économique. Le recours au droit prend ici une double signification. D'une part, il permet de garantir l'accès sécuritaire et élargi aux marchés et aux ressources de la planète. Mais d'autre part également, il permet de faire jouer l'effet de cliquet, autant pour prévenir tout retour en arrière ou empêcher tout rétablissement des barrières commerciales, que pour contraindre les autres pays à s'engager toujours davantage dans la libéralisation des échanges.

Enfin, si la politique commerciale américaine est demeurée jusqu'ici, et de manière non équivoque, profondément attachée au multilatéralisme, la nouveauté à partir des années 1980 viendra, par contre, du recours désormais systématique aux accords régionaux ou bilatéraux, pour créer entre les pays « une concurrence dans la libéralisation des échanges », pour reprendre une formule utilisée récemment par le nouveau représentant au Commerce, Robert R. Zoellick¹⁰⁰. Il reviendra à l'administration Clinton d'introduire une seconde nouveauté dans la politique commerciale américaine. En effet, en accordant la primauté à l'économie dans les affaires domestiques comme dans les affaires internationales, l'administration Clinton a opéré le double tour de force de donner à la politique commerciale américaine un statut qu'elle n'en avait jamais eu jusque-là, du moins depuis les années Roosevelt, et de faire apparaître la globalisation, non pas comme une menace pour la croissance et la sécurité des États-Unis, mais au contraire, comme

⁹⁹ Lawrence H. Summers, « Prospérité partagée et nouvel ordre économique mondial », *Politique étrangère*, vol. 59, n° 4, hiver 1994-95, pp. 983-990, p. 985. Charlene Barshefsky ne dit pas les choses autrement : « American postwar trade policy, stated simply, has aimed to build a world of open markets under the rule of law. The commitment rests on clear logic. Open markets abroad enable us to export, and exports are essential to a strong domestic economy. Open markets at home are equally important, as imports create the choice, price and competition that raise family living standards (...), dampen inflation, and create the competition and efficiency that mean long-term growth ». (p.2). Et plus loin : « The trade agenda has done something else as well: consistent with the philosophical and practical example set by Roosevelt and Truman in the postwar area, trade agreements and economic integration have taken a central place as we work toward a political architecture that will help us keep the peace in the world after the Cold war » (p. 7). (« Trade Policy 1992-2000 : The Clinton Record and the Road Ahead », *World Affairs Council*, Los Angeles, 25 septembre 2000)

¹⁰⁰ Statement of Robert B. Zoellick, U. S. Trade Representative before the Subcommittee on Trade, Committee on Ways and Means, U. S. House of Representatives, 8 mai 2001.

une force de changement et comme le vecteur d'un nouveau monde de paix et de prospérité dont il leur reviendrait, bien entendu, d'être à la fois le centre, la bougie d'allumage et le symbole, ce qu'un chroniqueur du *New York Times*, Thomas Friedman, a résumé en une formule concise : « Globalization is us ».

Dans ce contexte, il s'agit, non seulement de faire en sorte que la mise sur pied d'accords bilatéraux ou régionaux n'entrave pas l'accès à l'ensemble des marchés internationaux, mais aussi de voir à ce que ces accords servent de levier pour étendre un modèle fondé sur la primauté des règles et normes de droit et préparer la route à des ententes bilatérales ou plurilatérales du même type qui, en s'emboîtant les unes dans les autres, constitueraient le marchepied d'un libre-échange global. À l'intérieur de cette stratégie, l'option régionale hémisphérique a très rapidement pris une signification toute particulière. Tout d'abord, parce que c'était là que les conditions étaient les plus propices à une initiative de grande envergure qui viendrait en quelque sorte consolider les transformations en cours et sanctionner les valeurs libre-échangistes et pluralistes, mais aussi parce que c'était là également que, forte du précédent créé par l'ALÉNA, les choses avaient le plus progressé¹⁰¹.

Nous n'insisterons pas davantage sur le contexte. Revenons plutôt sur le projet des Amériques et voyons ce qui en fait l'originalité.

Trois points méritent notre attention. Premièrement, le projet des Amériques complète et élargit la démarche libre-échangiste initiée sur le continent depuis le tournant des années 1980. Il la complète, dans la mesure où les négociations commerciales, officiellement lancées lors du second Sommet des Amériques tenu à Santiago du Chili en mai 1998, doivent déboucher sur un accord-cadre qui viendra ainsi consacrer tous les efforts entrepris pour à la fois étendre le libre-échange, réformer les politiques économiques et établir, à l'échelle du continent, des normes institutionnelles propices aux entreprises. Et il l'élargit, dans la mesure où il s'agit d'aller plus loin encore que ce qui n'a été fait jusqu'ici, au travers de l'ALÉNA, et de jeter les fondations d'un nouveau modèle de gouvernance et de coopération panaméricaine qui doit participer d'une certaine conception de la modernité libérale. Cette conception, qui n'est autre que celle que les États-Unis se font d'ailleurs de leur propre modernité, vise à étendre les principes de liberté économique et de pluralisme démocratique à l'ensemble du continent, ce qui, en

¹⁰¹ Richard E. Feinberg, *Summitry in the Americas. A Progress Report*, Wahington, Institute for International Economics, 1997.

retour, doit renforcer les assises économiques de leur puissance, tout en apportant plus de stabilité dans la région grâce au développement que permettra une meilleure organisation de la vie économique. Ce qui nous conduit à notre second point.

L'intégration des Amériques passe par la voie du libre-échange. Mais celui-ci doit, par ailleurs, venir s'encaster, comme nous l'avons déjà mentionné, dans un modèle de gouvernance ou un cadre normatif qui doit, entre autres, sanctionner l'autonomie du marché, reconnaître la préséance des droits civils et politiques sur les droits économiques et sociaux et en appeler à la participation de la société civile plutôt qu'à l'État. Cette approche, poursuivie à d'autres niveaux par les institutions financières internationales, vise à créer, dans le cadre d'une Communauté des démocraties¹⁰², un environnement institutionnel favorable au commerce et à l'investissement privé, au marché et à la croissance, grâce à laquelle il sera possible de réduire la pauvreté sur le continent, d'y consolider la démocratie et partant, de réduire les sources d'instabilité politique et sociale ainsi que les autres menaces à la sécurité des États-Unis, comme la corruption, les narcotrafics et l'immigration clandestine. En quelque sorte, l'intégration doit, en permettant un développement par le marché, contribuer à la paix et à la stabilité dans la région, une idée forte que le président Salinas avait résumé par cette formule : « exporter des marchandises et non des hommes ».

¹⁰² Le *Plan d'action* de 1998 annonçait que tous les efforts seraient mis en œuvre pour réformer la démocratie aux niveaux local et régional, pour protéger les droits des travailleurs émigrants, ainsi que leurs familles, et pour améliorer les systèmes judiciaires de sorte qu'ils puissent être plus en mesure de répondre aux besoins des peuples. Or, là encore, rien de tout cela n'a été mis en marche, avec le résultat que si la démocratie fait malgré tout l'objet du premier chapitre intitulé " Pour le meilleur fonctionnement de la démocratie " du *Plan d'action* adopté en avril 2001, il s'agit désormais de " renforcer la démocratie représentative " et non plus de s'appuyer sur les nombreux objectifs retenus la fois précédente. On voit alors à quel point le recours à la démocratie, en tant que pure et simple condition d'éligibilité au point de départ, condition qui permettait aux chefs d'État et de gouvernement de mettre en marche les négociations entourant une intégration multiple dans les Amériques, débouche maintenant sur une vision passablement étriquée de la démocratie, puisqu'il s'agit désormais de recourir à l'exclusion dans le cas où l'un des partenaires serait tenté par le recours à des méthodes antidémocratiques. Ce glissement permet de mettre en lumière deux choses. Premièrement, les engagements souscrits en matière de démocratisation n'ont pas été respectés, une renonciation d'autant plus significative, dans les circonstances, que c'est sans aucun doute parce qu'ils étaient eux-mêmes parfaitement conscients des limites du démocratisation dans les Amériques que ces chefs d'État et de gouvernement avaient fait de telles promesses au point de départ. Deuxièmement, cette instrumentation d'une approche aussi formelle à la démocratie permet de rendre compte de tout un ensemble de conséquences négatives inhérentes à la poursuite de négociations dans de telles conditions et, surtout, cette instrumentation permet d'expliquer comment on en vient à introduire un déficit démocratique au cœur même du processus de négociation en cours.

Tout cela n'est pas nouveau, sauf que, dans la prévention et la résolution des problèmes de sécurité, on dénote une volonté nouvelle de lier désormais la stabilité politique dans la région aux problèmes de pauvreté et d'inégalité, problèmes dont la résolution doit passer par un développement économique orienté vers l'économie de marché d'une part, et par une plus grande autonomie de la société civile d'autre part. L'Alliance pour le progrès lancée à l'instigation du président Kennedy au début des années soixante avait ouvert la voie, mais l'approche actuelle s'en détache sensiblement puisqu'il s'agit moins d'aider économiquement les pays en développement que de les associer, grâce au commerce, de favoriser ainsi la réinsertion des économies dans les réseaux commerciaux transnationaux et de résoudre du même coup les problèmes de pauvreté, source d'instabilité dans la région. En témoigne le fait que le plan d'action adopté à Miami ne comprenait pas moins de 23 initiatives et plus de 150 mesures, regroupées en quatre grands thèmes : (1) la préservation et le renforcement de la communauté des démocraties des Amériques; (2) la promotion de la prospérité par l'intégration économique et le libre-échange ; (3) l'élimination de la pauvreté et de la discrimination dans l'hémisphère ; (4) la garantie d'un développement durable et la conservation de l'environnement naturel pour les générations futures¹⁰³. Précisons cependant que beaucoup de ces initiatives et mesures sont restées lettre morte, mais force est néanmoins de constater que la coopération interaméricaine s'étend maintenant à de multiples domaines et à de multiples niveaux¹⁰⁴ et, que, malgré les changements

¹⁰³ Le volet économique comportait les sept points suivants : (1) le libre-échange dans les Amériques ; (2) le développement et la libéralisation des marchés financiers ; (3) les infrastructures hémisphériques ; (4) la coopération dans le domaine de l'énergie ; (5) les infrastructures dans le domaine des télécommunications et de l'information ; (6) la coopération dans les domaines de la science et de la technologie ; (7) le tourisme. Le point le plus important de ce volet est celui associé à la création de la ZLEA et il faut souligner que, à l'intérieur de cet objectif, les domaines couverts par les négociations sont très larges. Il s'agit notamment des produits manufacturiers, des services, de l'agriculture, des mécanismes de règlement des différends, des politiques de concurrence, de même que des règles communes à établir en matière de subventions, de droits de propriété intellectuelle, de politiques d'achat gouvernementales, de barrières techniques, de mesures de sauvegarde, de règles d'origine, de droits antidumping et compensatoires, de normes de santé et phytosanitaires, etc.

¹⁰⁴ Sans oublier les réunions de l'OEA, dont le rôle avec celui de la BID a été relégitimé, les rencontres aux niveaux ministériel ou bureaucratiques sont depuis lors nombreuses, soutenues et régulières. Mentionnons à titre d'exemple la Conférence des ministres des Finances de l'hémisphère occidental qui s'est tenue à quatre reprises : Nouvelle Orléans (1996), Santiago du Chili (1997), Cancun (2000) et Toronto (2001) ; celles des ministres de la Défense, notamment la très importante conférence qui s'est tenue à Williamsburg en juin 1996. Ensuite, la conférence interaméricaine des ministres du Travail dont la douzième rencontre se tiendra à Ottawa en octobre 2001, ou encore la rencontre des ministres de l'environnement des Amériques, dont la première réunion officielle s'est tenue à Montréal, fin mars 2001.

dans l'ordre des priorités qui ont été apportés lors des Sommets de Santiago et de Québec, les lignes directrices du projet, elles, demeurent inchangées¹⁰⁵.

Enfin, troisième point, en matière de libre-échange, même si, pour le moment encore, il ne s'agit pas d'étendre l'ALÉNA au reste du continent, cet accord demeure malgré tout le modèle de référence. De plus, comme le futur accord doit venir chevaucher les accords existants, rien n'empêche son élargissement à d'autres pays, le Chili ou le Costa Rica par exemple.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit plus haut à propos des règles en matière d'investissement et de concurrence. Nous voulons insister sur le fait que l'ALÉNA instaure un droit positif qui limite l'autonomie des États aux clauses de réserve et aux clauses d'exception traditionnelles qui relèvent de l'intérêt public, et d'autre part, sur le fait que cet accord a créé un environnement institutionnel entièrement nouveau qui favorise le passage d'une intégration en surface à une intégration en profondeur, centrée de plus en plus sur une organisation de la production en réseaux et filières¹⁰⁶. Ceci a entraîné trois conséquences. Premièrement, les FMN, américaines au premier chef, ont consolidé leur emprise sur l'espace économique qu'elles couvrent. Deuxièmement, la polarisation économique sur les États-Unis s'est accentuée, ce dont témoignent, entre autres, la

¹⁰⁵ Lors du Sommet de Santiago les chefs d'État et de gouvernement ont adopté un nouveau plan d'action qui modifiait quelque peu l'ordre des priorités du projet initial, sans toutefois en changer les orientations fondamentales. Le plan adopté comportait quatre grands volets subdivisés en 28 sous-thèmes, chacun comportant au moins un thème correspondant, soit (1) l'éducation, facteur de progrès économique ; (2) la préservation et le renforcement de la démocratie, de la justice et des droits de la personne, (3) l'intégration économique et le libre-échange ; et finalement, (4) l'éradication de la pauvreté et de la discrimination. Le volet économique occupait toujours une place centrale dans le projet des Amériques mais, répondant aux demandes des pays d'Amérique latine, une plus grande place a été accordée au volet social, à travers l'éducation et l'éradication de la pauvreté. Lors du Sommet de Québec, de nouveaux thèmes de discussions ont été abordés. Les trois volets principaux qui ont été abordés sont : (1) le renforcement de la démocratie (2) la prospérité économique, et (3) la réalisation du potentiel humain. Un quatrième thème a par ailleurs été ajouté suite à une initiative du Canada, celui de la connectivité et celui-ci revient de façon constante dans le plan d'action. Les trois grands volets ont été découpés en 18 sous-thèmes dans lesquels sont définies les résolutions générales adoptées par les gouvernements : (1) fonctionnement de la démocratie ; (2) droits de la personne et libertés fondamentales ; (3) justice, état de droit et sécurité de la personne ; (4) sécurité hémisphérique ; (5) société civile ; (6) commerce, investissement et stabilité financière ; (7) infrastructure et environnement réglementaires ; (8) gestion des catastrophes ; (9) fondements écologiques pour un développement durable ; (10) gestion de l'agriculture et développement durable ; (11) travail et emploi ; (12) croissance avec équité ; (13) éducation ; (14) santé ; (15) égalité des sexes ; (16) peuples autochtones ; (17) diversité culturelle ; (18) enfants et jeunes.

¹⁰⁶ Ces tendances s'accompagnent d'une autre, plus qualitative, à savoir qu'une certaine disjonction tend à se créer, au Mexique et au Canada tout particulièrement, entre le secteur transnationalisé de l'économie, plus dynamique et plus concurrentiel, et le secteur domestique.

concentration géographique du commerce canadien et mexicain sur les États-Unis et la position stratégique qu'occupent désormais le Canada et le Mexique dans les relations commerciales de ces derniers. Et, troisièmement, une dynamique institutionnelle nouvelle s'est mise en place, au travers des différents comités et mécanismes de règlement des différends, une dynamique qui tend désormais à produire ses propres règles, à s'imposer du haut vers le bas et à court-circuiter les processus démocratiques.

Non seulement cet accord a-t-il permis de « libérer » considérablement les entreprises américaines de l'emprise jusque-là très forte des politiques nationales, au Canada comme au Mexique, mais il a permis à ces dernières de tirer bien mieux parti, une fois les règles fixées et les marchés ouverts, des différences et des avantages spécifiques propres à chacun des trois espaces économiques qu'il couvre. Certes, elles ne sont pas les seules à avoir su tirer parti de ce nouvel environnement institutionnel, mais on ne peut s'empêcher de constater aussi que les entreprises américaines ont considérablement consolidé et élargi leurs positions dans ces deux économies. Qui plus est, on doit relever aussi à quel point gouvernements et entreprises semblent s'entendre pour ne fonctionner qu'à deux, sans se sentir obligés d'impliquer la société civile,¹⁰⁷ de plus en plus obsédés que sont les premiers par la sanction de lois, de règlements et de normes qui répondent d'abord et avant tout aux besoins des marchés et aux *desiderata* des entreprises. Dans quelle mesure observera-t-on les mêmes phénomènes à l'intérieur de la future Zone de libre-échange des Amériques, la question reste évidemment encore posée pour le moment. Mais étant donné la nature du projet, les asymétries évidentes et les liens économiques qui unissent les États-Unis aux autres pays de l'hémisphère, il y a tout lieu de penser que tout se met en place pour que les choses évoluent de la même manière qu'au sein de l'ALÉNA. Rappelons au moins que les filiales des sociétés multinationales américaines réalisent le quart de leur chiffre d'affaires à l'étranger sur le continent, que plus de 35 % de tous les emplois qu'elles génèrent dans le monde s'y retrouvent, ou encore qu'elles envoient vers les États-Unis autour

¹⁰⁷. Il est étonnant de constater que s'il existe un Comité syndical consultatif auprès de l'OCDE, celui-ci n'a à peu près nullement tenu compte des demandes syndicales, mais également que toutes les questions relatives au travail sont systématiquement renvoyées à l'OIT, comme s'il était possible, au niveau mondial, de tracer une ligne de séparation entre ce qui doit relever exclusivement de l'économie et le reste. On notera d'ailleurs à ce propos que l'approche américaine sous Clinton qui consistait à chercher à inclure des clauses sociales et environnementales aux accords commerciaux, est aujourd'hui abandonnée par l'administration Bush, celle-ci poussant le cynisme jusqu'à demander le renforcement du pouvoir de sanction de l'OIT.

de 60 % de toutes leurs exportations et que près de 50 % de toutes leurs importations en proviennent. Quant aux enjeux économiques que représente la ZLÉA pour les États-Unis, ils se résument à ces trois chiffres : 45 % des exportations américaines vont dans l'hémisphère, 31 % de leurs importations en proviennent et 32 % de tous leurs investissements directs dans le monde s'y trouvent localisés.

En somme, et pour résumer notre propos, le projet des Amériques, s'il est mené à terme, viendra implanter un modèle d'intégration qui, en sanctionnant l'autonomie du marché, l'égalité de traitement et le droit des entreprises, aura deux effets : le premier, de consacrer le pouvoir des investisseurs étrangers sur tous les autres et, ce faisant, l'ascendant du pouvoir économique étranger sur le pouvoir politique domestique ; et le second, celui de consacrer l'ascendant des États-Unis sur l'espace continental dans un domaine où ils ont toujours dû composer avec les trajectoires nationales de leurs voisins, les règles et les institutions. Dans ces conditions, on voit d'autant plus mal comment le régionalisme peut être une réponse au dilemme de la coopération internationale, voire une réponse à la globalisation ainsi que certains l'ont prétendu. En effet, le modèle qui se met en place dans les Amériques participe d'un projet de reconstruction de l'ordre économique international selon des principes qui visent, sous les fallacieux prétextes d'appliquer le principe du traitement national entre les États et d'étendre la clause de la nation la plus favorisée à l'investissement direct étranger, à faire reconnaître la primauté du droit des entreprises sur tout autre droit et un modèle de gouvernance qui n'est autre que celui que les États-Unis privilégient dans la conduite des affaires économiques comme dans celle des affaires internationales. En un mot, et ce sera notre conclusion, il est un peu présomptueux de penser que les institutions régionales offrent nécessairement une meilleure avenue que les institutions multilatérales pour répondre aux enjeux que pose la globalisation, particulièrement, comme c'est le cas dans les Amériques, lorsque les relations entre les États sont marquées par de profondes asymétries et que le modèle mis en place ne vise qu'à réduire l'autonomie de tous les acteurs publics, exception faite des États-Unis puisque, en fait, ce sont eux et eux seuls qui en sont les véritables porteurs.

CONCLUSION

Dans son dernier ouvrage, *The Retreat of the State*, Susan Strange développe la thèse, en porte-à-faux d'ailleurs avec la thèse qu'elle, Stopford et Henley avaient développée dans *Rival Firms, Rival States*, thèse selon laquelle laquelle l'État, du moins tel qu'on l'avait envisagé dans un esprit westphalien, c'est-à-dire sinon en tant que seul et unique sujet, du moins en tant que principal acteur de la scène internationale, serait en retrait face à d'autres acteurs de la scène internationale, ceci s'accompagnant de transferts et abandons de pouvoirs et responsabilités. On assisterait selon elle à un triple phénomène : 1) de déplacement du pouvoir vers le haut, depuis les États faibles vers les États forts, dans une extension globale ou régionale qui s'étend au-delà de leurs frontières ; 2) de déplacement latéral du pouvoir depuis les États vers les marchés ; et, 3) d'« évaporation » de certains de ces pouvoirs, en ce sens que plus personne ne serait à même de les exercer.

La thèse est évidemment polémique et s'adresse, comme s'est toujours le cas dans les travaux de Strange, autant à la théorie réaliste en relations internationales et à son modèle stato-centré du « Tout État », qu'aux théories économiques conventionnelles de l'autonomie des marchés. Qu'il y ait recul de l'État, sans doute. Mais encore faut-il expliquer, depuis l'intérieur, comment et pourquoi un tel recul s'opère. D'un autre côté, en n'insistant que sur cette dimension du changement, ne risque-t-on pas de passer trop rapidement à la conclusion que le monde ne fait plus sens, pour reprendre la formule de Zaki Laïdi. La démarche que nous avons suivie jusqu'ici, et qui nous semble plus fructueuse, a consisté à souligner que, tout en participant d'une certaine conception de la modernité libérale qui octroie aux droits économiques individuels un ascendant sur tout autre droit, les États n'ont pas pour autant renoncé aux droits politiques que leur confère leur souveraineté, mais qu'ils cherchent plutôt à concilier les priorités qui sont les leurs avec les contraintes nouvelles qu'impose la globalisation économique.

Lorsque nous avons évoqué le fait que la transnationalisation est un phénomène qui participe du décroisement du monde, nous avons, ce faisant, cherché à montrer que, parallèlement à ce décroisement, se mettait en place un nouveau modèle d'intégration économique internationale, l'intégration étant plus en profondeur et centrée sur les FMN. Ce nouveau modèle ne se déploie pas dans le vide, mais en prenant appui sur les interactions qui existent entre les espaces

économiques nationaux et les réseaux transnationaux des FMN. Intégrés à ces réseaux, les espaces nationaux se trouvent ainsi intégrés les uns aux autres, tout comme ils se trouvent mis en concurrence les uns vis-à-vis des autres, mais selon d'autres modalités que celles que la théorie économique conventionnelle a toujours envisagées. Loin de signifier l'existence d'un espace mondial redéfinissant les éléments constitutifs des économies nationales à l'échelle mondiale (monnaie, marché, production, institutions), la globalisation apporte, au contraire, un nouvel éclairage sur les fractures et les inégalités qui font douter de la pertinence de donner de ce phénomène une interprétation qui participerait d'une vision universaliste et homogène¹⁰⁸.

Tout au long de ces pages, c'est sur l'autre dimension de la globalisation, sa dimension politique, que nous avons fait porter notre attention. La globalisation révèle également la décomposition de l'ordre international d'après-guerre, cédant devant une économie politique néo-libérale qui a fait « éclater les cadres nationaux de régulation et (...) ressortir la faiblesse des instances de régulation supranationales »¹⁰⁹, mais qui a aussi paradoxalement fait émerger de nouvelles pratiques d'acteurs qui vont tout à fait à l'opposé des principes sur lesquels repose cette économie politique et des effets que devraient produire son ancrage dans les politiques et les institutions. Qui plus est, loin de coller aux réalités de la mondialisation et de soutenir une reconstruction des espaces de régulation¹¹⁰, le discours libre-échangiste a surtout servi de faire-valoir à des stratégies gouvernementales qui traduisent une double préoccupation, soit de favoriser l'intégration compétitive des économies nationales, d'une part, et de tourner la transnationalisation en leur faveur, d'autre part.

Il est indéniable que les FMN ont considérablement élargi leur marge de manœuvre et, avec celle-ci, leur pouvoir de négociation face aux États, ce qui, en retour, a pour effet d'entraîner l'affaiblissement de l'État comme médiateur de la vie en société et son recul comme acteur privilégié de la scène internationale, mais, et c'est ce que nous avons cherché à mettre en lumière tout au long de ce chapitre, les États ne sont pas demeurés en reste. Au grand dam d'ailleurs des défenseurs du

¹⁰⁸ Voir à ce sujet Suzanne Berger, et Ronald Dore (dir.), *Convergence or Diversity ? National Models of Production and Distribution in a Global Economy*, Ithaca, Cornell University Press, 1997.

¹⁰⁹ Jacques Adda, *La mondialisation de l'économie*, Paris, La découverte, 1998, p. 4.

¹¹⁰ Gérard Kébabdjian, « L'analyse économique et la mondialisation : six débats », dans GEMDEV, *Mondialisation. Les mots et les choses*, Paris, Karthala, 2000, pp. 51-80.

« tout marché », l'État est entré de plain-pied dans la globalisation. Développant des stratégies qui ne visent pas tant la protection de l'espace économique national comme c'était le cas jusqu'ici, qu'un mercantilisme adapté à la situation présente, l'État a intégré dans ses politiques publiques les contraintes d'une concurrence devenue globale, au risque de provoquer tensions et dissensions et d'aggraver les fractures et les inégalités à l'intérieur du système économique international.

Les organisations internationales, de leur côté, sont datées et les règles commerciales ne suffisent plus, dans ce nouveau contexte, à contrôler les effets pervers d'une concurrence qui ne se joue plus simplement entre les entreprises sur les marchés internationaux, mais aussi entre les États eux-mêmes. Le triangle impossible de la coopération internationale a le mérite, malgré son caractère forcément schématique, de nous permettre de mieux prendre la mesure des enjeux institutionnels et des arbitrages auxquels il faut procéder pour établir des règles. Deux voies sont possibles, celle de la gestion des risques et celle de la régulation des libertés par le droit. Mais, dans un contexte où les États visent avant tout à attirer les IDE et à promouvoir la transnationalisation des entreprises nationales, et où les entreprises échappent aux contrôles étatiques, il n'est pas surprenant de voir se développer des stratégies visant à soutenir et à favoriser l'émergence de codes de bonne conduite plutôt que des mécanismes contraignants. Le mouvement dans cette direction se trouve renforcé, ainsi que nous avons eu l'occasion de le montrer, par les innovations institutionnelles qui sont introduites à l'échelle régionale, tout au moins à l'échelle de l'hémisphère occidental.

Dans le cas européen, les pays membres ont opté, pour le moment encore, pour une régulation des marchés et une coopération accrue, qui visent à établir un droit supranational de l'investissement et de la concurrence élaboré sur le modèle établi du bien commun jusqu'ici supporté par les États¹¹¹. Dans les Amériques, au contraire, le modèle, dont les prémisses sont, ne l'oublions pas, la liberté des marchés couplée à la souveraineté des États, semble s'orienter vers la mise en place de règles de conduite et de gouvernance accompagnées de mécanismes de contrôle et de règlement des différends.

De manière fort pragmatique, l'approche actuelle est d'accorder, d'un côté, le plus de liberté et de protection possible aux FMN qui ne veulent pas entendre

¹¹¹ Il faut cependant relever que le modèle européen a, lui-même, été libéralisé, que la notion de gouvernance y fait son chemin et que les considérations de compétitivité tendent de plus en plus à s'imposer dans les choix publics qui sont faits.

parler de régulation et, de l'autre côté, de laisser libre cours aux stratégies des États qui semblent plus intéressés à promouvoir et à attirer les IDE qu'à les réguler. Mais, il n'en reste pas moins que, premièrement, on ignore ou feint d'ignorer les problèmes que soulève, entre autres, l'émergence de positions dominantes sur les marchés ; et que, deuxièmement, on se trouve à court-circuiter la démocratie, les choix publics n'étant plus faits en rapport avec les demandes citoyennes, mais en rapport avec les interactions nouvelles que les gouvernements cherchent à établir entre les priorités économiques nationales qu'ils se donnent au nom de la défense de compétitivité et les priorités que les FMN se donnent en matière de défense d'efficacité.

En confortant cette nouvelle dynamique, le régionalisme dans les Amériques consolide par le fait même, non seulement un modèle libéral qui, en sanctionnant l'autonomie du marché, octroie la primauté des droits des entreprises sur tout autre droit, mais aussi un modèle juridique international qui, laissant de côté les différences de taille et de développement, fait reposer les rapports économiques entre les États uniquement sur la règle de droit, la reconnaissance de l'égalité de traitement et le nivellement des règles de la concurrence. Dans l'immédiat, et dans le contexte particulier des Amériques, l'application d'un tel modèle a deux conséquences : la première, d'instaurer un droit positif qui limite l'autonomie des États aux clauses de réserve et aux clauses d'exception traditionnelles qui relèvent de l'intérêt public ; et la seconde, d'enclencher un processus de convergence systémique des droits nationaux de la concurrence vers un modèle commun dont on voit mal comment il pourrait être différent du droit des États-Unis.